

Il ruolo dell'A.N.AC. nella prevenzione della corruzione negli appalti pubblici

Indice

CAPITOLO I

IL FENOMENO DELLA CORRUZIONE E I FATTORI DI RISCHIO NEL SETTORE DEGLI APPALTI

- 1. La corruzione come fenomeno sociale multiforme.**
- 2. Il concetto di corruzione e la varietà di forme.**
- 3. Corruzione amministrativa e definizione dei valori dell'etica pubblica.**
- 4. Diffusione del fenomeno corruttivo in Italia.**
- 5. Brevi cenni sulla nascita e sull'evoluzione della normativa italiana in tema di prevenzione della corruzione.**
- 6. Considerazioni preliminari sul fenomeno corruttivo negli appalti pubblici.**
- 7. I fattori di rischio individuati nel settore degli appalti pubblici**
 - a) La regolamentazione del settore degli appalti;***
 - b) Gli ampi margini di discrezionalità amministrativa e tecnico-valutativa;***
 - c) Il ruolo della SOA;***
 - d) Il ricorso alle procedure ristrette;***
 - e) Il ricorso al subappalto e all'avvalimento;***
 - f) La figura del general contractor;***
 - g) Le varianti in corso d'opera.***

CAPITOLO II

LE RIFORME DEGLI ANNI 2012-2016: LA NASCITA E IL RUOLO DELLA NUOVA A.N.AC. NEL SISTEMA DELLA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE

- 1. Corruzione ed appalti nell'evoluzione del quadro normativo: brevi cenni sul passaggio dal sistema repressivo al sistema di prevenzione.**
- 2. L'impianto normativo e le principali novità introdotte dalla riforma anticorruzione del 2012 e dai decreti legislativi nn. 33 e 39 del 2013.**

...segue. Il ruolo centrale del principio di trasparenza nella prevenzione della corruzione.

- a) Accessibilità totale e comprensibilità delle informazioni;*
- b) la trasparenza nel settore degli appalti pubblici.*

3. Il d.l. 90/2014 e la nascita dell'ANAC.

- a) il piano di riordino;*
- b) le caratteristiche dell'ANAC;*

4. I poteri dell'A.N.AC. in materia di anticorruzione e trasparenza

5. I poteri in materia di prevenzione della corruzione negli appalti pubblici. 6. Anticorruzione e appalti: le indicazioni delle direttive europee recepite nel nuovo codice appalti:

- a) anticorruzione e semplificazione normativa e procedimentale;*
- b) anticorruzione e rafforzamento dei poteri dell'A.N.A.C.;*
- c) anticorruzione e discrezionalità;*
- d) anticorruzione e favor participationis: il nuovo ruolo del soccorso istruttorio;*
- e) anticorruzione, subappalto e avvalimento;*

- f) *anticorruzione e l'istituto del general contractor;*
- g) *anticorruzione e centrali di committenza.*

CAPITOLO III

I POTERI DEL PRESIDENTE DELL'ANAC NEL SETTORE DEGLI APPALTI PUBBLICI

- 1. L'indipendenza dell'Autorità**
- 2. I rimedi previsti dal Codice dei Contratti a fronte di fenomeni corruttivi nelle gare pubbliche: revoca, recesso e risoluzione dei contratti.**
- 3. I poteri straordinari ex art. 32**
 - a) I soggetti destinatari delle misure straordinarie*
 - b) I presupposti per l'applicazione delle misure straordinarie*
 - c) Ulteriori presupposti attinenti alla natura cautelare delle misure straordinarie*
 - d) Il procedimento per l'adozione delle misure straordinarie*
- 4. L'adozione delle misure straordinarie a seguito di informativa antimafia interdittiva.**
- 5. L'accantonamento delle somme**
- 6. Ipotesi applicativa:**
 - a) Il commissariamento del Centro di Accoglienza C.A.R.A. di Mineo;*
 - b) Applicazione della misura del sostegno e monitoraggio: il caso della Igeco costruzioni s.p.a. di Roma ;*
 - c) Applicazione delle misure straordinarie a seguito di provvedimento interdittivo antimafia: il caso della cooperativa Capodarco e il sistema Mafia Capitale*

Introduzione

La diffusione del fenomeno corruttivo nel settore degli appalti pubblici si è, negli ultimi anni, amplificata in modo significativo, sia sotto il profilo quantitativo, sia in ordine agli aspetti qualitativi delle azioni criminose poste in essere.

Si è assistito, infatti, ad una evoluzione delle condotte tipiche di reato poste in essere, che si sono raffinate e hanno abbracciato ambiti e spazi che prima non erano sfiorati da attività illecite. In particolare, si è assistito all'emersione di una criminalità organizzata orientata verso una gestione manageriale delle attività delittuose ed alla costante ricerca di ambiti economici sempre più redditizi nei quali insinuarsi.

Ad oggi, infatti, il fenomeno corruttivo non si limita ad esplicare i propri effetti nei termini penalistici di accordo tra due soggetti finalizzato a conseguire utilità illecite, ma si traduce più spesso in una forma diffusa di malcostume nella gestione della cosa pubblica, che non si esplica necessariamente ed unicamente nella commissione di illeciti penalmente rilevanti.

La pervasività di tale fenomeno nel settore dei pubblici affidamenti si spiega facilmente alla luce del rilievo economico e strategico del settore dei contratti pubblici, che muove circa il sette per cento del PIL nazionale, il sedici per cento del PIL europeo e assegna ogni anno in Italia circa 125 mila contratti di importo superiore a 40 mila euro. Tale circostanza è resa ancor più significativa dalla perdurante crisi economica che ha investito l'economia mondiale: in tale contesto, infatti, lo spreco di risorse pubbliche risulta evidente e suscita nei cittadini un profondo senso di ingiustizia e iniquità.

Il dilagare di fenomeni corruttivi ha, infatti, pesanti ripercussioni sul libero mercato, poiché compromette gravemente la competizione

economica, tanto da causare profonde inefficienze nei servizi pubblici offerti ai cittadini, cui corrispondono costi elevati di gestione delle infrastrutture.

Da tali circostanze nasce l'esigenza di creare rimedi giuridici atti a soddisfare il rispetto delle norme, non sempre scritte, riguardanti l'etica pubblica e la gestione corretta e consapevole delle risorse pubbliche, nonché l'esigenza di implementare le misure di prevenzione e repressione dell'ordinamento per arginare il fenomeno.

La necessità di porre rimedio a queste crescenti consuetudini, ha fatto sì che il legislatore, sulla spinta delle pressanti richieste dell'Unione Europea e del concreto pericolo di estromissione dell'Italia dal progresso economico e sociale europeo, avviasse una profonda attività di riforma, volta a prevenire il rischio di accordi criminali e corruttivi nei pubblici affidamenti.

Il percorso, iniziato con la legge anticorruzione del 2012 e non ancora del tutto concluso, ha visto la predisposizione di un articolato sistema di soggetti preposti al controllo e alla vigilanza ed ha introdotto dei rigidi obblighi di pubblicità relativi a tutte le fasi della contrattualistica pubblica. In seguito, il d.l. n. 90/2014 ha modificato, ampliato e rafforzato i poteri attribuiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione, individuando in tale organismo il soggetto centrale attorno a cui ruota il sistema dell'anticorruzione.

L'A.N.A.C. è titolare di un potere generale di regolazione, indirizzato sia alle stazioni appaltanti che alle imprese. Inoltre, nel settore degli appalti, il Presidente dell'Autorità è titolare di poteri monocratici di vigilanza e sanzionatori particolarmente pregnanti, che arrivano fino all'applicazione di misure straordinarie di gestione, sostegno e

monitoraggio delle imprese coinvolte in affidamenti e gestioni illecite o illegittime.

Il percorso di riforma non si ancora concluso: recentemente, il legislatore ha provveduto a riformare interamente il settore dei pubblici affidamenti con il nuovo codice dei contratti pubblici, che ha ridisegnato i contorni di numerosi istituti problematici ed ha semplificato notevolmente la disciplina previgente.

il presente lavoro vuole offrire una panoramica sulle criticità ancora presenti nel settore degli appalti pubblici e sui rimedi predisposti dal legislatore al fine di arginare il fenomeno corruttivo.

CAPITOLO I

IL FENOMENO DELLA CORRUZIONE E I FATTORI DI RISCHIO NEL SETTORE DEGLI APPALTI

Sommario: 1. La corruzione come fenomeno sociale multiforme. 2. Il concetto di corruzione e la varietà di forme. 3. Corruzione amministrativa e definizione dei valori dell'etica pubblica. 4. Diffusione del fenomeno corruttivo in Italia. 5. Brevi cenni sulla nascita e sull'evoluzione della normativa italiana in tema di prevenzione della corruzione. 6. Considerazioni preliminari sul fenomeno corruttivo negli appalti pubblici. 7. I fattori di rischio individuati nel settore degli appalti pubblici; a) *La regolamentazione del settore degli appalti*; b) *Gli ampi margini di discrezionalità amministrativa e tecnico-valutativa*; c) *Il ruolo della SOA*; d) *Il ricorso alle procedure ristrette*; e) *Il ricorso al subappalto e all'avvalimento*; f) *La figura del general contractor*; g) *Le varianti in corso d'opera*.

1. La corruzione come fenomeno sociale multiforme

La corruzione è stata efficacemente definita come “*il reato degli infedeli, cioè il tradimento da parte di coloro che dovrebbero curare il bene pubblico e che invece consentono un accesso a benefici pubblici non dovuti, in cambio di denaro e di altre personali utilità*”¹.

¹ F. Manganaro, *Corruzione e criminalità organizzata*, in *L'area grigia della ndrangheta*, a cura di C. La Camera, Reggio Calabria, 2012.

Tuttavia, il fenomeno non si limita ad esplicare i propri effetti nei termini penalistici di accordo tra due soggetti finalizzato a conseguire utilità illecite; piuttosto esso si atteggia come problematica di più vaste e diffuse dimensioni, come “parassita” che divora le risorse economiche e morali della democrazia, danneggiando la qualità della vita dei cittadini.

Il dilagare di fenomeni corruttivi ha, infatti, pesanti ripercussioni sul libero mercato, poiché compromette gravemente la competizione economica, tanto da causare profonde inefficienze nei servizi pubblici offerti ai cittadini, cui corrispondono costi elevati di gestione delle infrastrutture. La corruzione rappresenta così il “*peccato capitale della democrazia*”² perché sgretola le basi della convivenza e mina fortemente la fiducia dei cittadini nelle istituzioni, suscitando un diffuso sentimento di ingiustizia.

In tale ottica, la corruzione riguarda sia persone che istituzioni che, a causa della diffusione di varie forme di malcostume nella gestione pubblica, “*perdono la propria capacità di essere, di crescere, di tendere alla pienezza, di servire alla società intera*”³.

Seppure non è una novità dei nostri tempi⁴, il fenomeno corruttivo si è profondamente modificato ed ampliato nella società attuale, sia per le numerose possibilità di profitto offerte dall’apertura dei mercati europei e internazionali, sia per la maggiore possibilità di occultare utilità illecite sotto varie forme⁵.

² R. Cantone, G. Di Feo, *il male italiano, librarsi dalla corruzione per cambiare il Paese*, Milano, 2015.

³ Francesco, Jorge Mario Bergoglio, *Guarire dalla corruzione*, 2013

⁴ Ramsay Macmullen, *Corruption and decline of Rome*, New Haven 1988, trad. it. Bologna, 1991

⁵ Si è infatti passati dal modello caratterizzato dalla semplice dazione di denaro a fronte di un beneficio illecito, a nuove forme corruttive quali la cessione fittizia di beni, finanziamenti occulti e la costituzione di fondi neri da parte delle imprese.

A fronte di tale constatazione, si è avvertita l'esigenza di introdurre una nuova regolamentazione, che affronti il problema da angolature nuove e diversificate.

L'esigenza di creare rimedi giuridici atti a soddisfare il rispetto delle norme, non sempre scritte, riguardanti l'etica pubblica e la gestione corretta e consapevole delle risorse pubbliche si è amplificata, da un lato, a causa dei continui "scandali" di rilevanza mediatica attinenti allo scenario politico e sociale; dall'altro, a causa della perdurante crisi economica, che ha reso ancor più evidente lo spreco di risorse pubbliche causato dalla corruzione.

Pertanto, il fenomeno corruttivo rappresenta una delicata problematica, poiché mina l'integrità morale del Paese e ingenera inevitabilmente diseguaglianze, rendendo vulnerabile la coscienza morale del singolo cittadino. In quest'ottica, è proprio la prospettiva dei possibili vantaggi e la diffusa percezione di impunità a provocare azioni illecite.

È da tali considerazioni che prende le mosse il legislatore che, negli ultimi anni, ha cercato nuove strade per combattere il mal costume amministrativo. La complessità del fenomeno corruttivo richiede, infatti, forme di contrasto giuridico differenziate che vanno dai codici di comportamento dei dipendenti pubblici, all'annullamento dei contratti stipulati a seguito di fatti corruttivi, dalle misure di trasparenza amministrativa alle sanzioni penali.

Il problema della prevenzione e repressione della corruzione rappresenta oggi una delicata tematica attorno a cui gravita un acceso dibattito, arricchito dagli interventi normativi che dal 2012 ad oggi hanno ampliato e modificato il quadro dei possibili rimedi a tale fenomeno sociale.

2. Il concetto di corruzione e la varietà di forme

Uno dei principali problemi da affrontare nell'analisi del fenomeno corruzione è rappresentato proprio dalla difficoltà di individuare una definizione di corruzione che possa essere ampiamente condivisa e rappresentare un concetto di comune riferimento. La questione, ovviamente, non è solo terminologica o puramente formale, ma involge una serie di conseguenze assai rilevanti, a partire dalla possibilità di stabilire efficaci punti di convergenza nella normativa applicabile ai fini della prevenzione e della repressione del fenomeno, anche delineando un quadro di interventi su scala internazionale.

In effetti, non esiste una definizione di corruzione unica, completa ed universalmente accettata, non solo per motivi legati a diversità di tradizioni giuridiche, ma anche a causa di diverse sensibilità politiche, storiche e sociali.

Inoltre, accanto alla questione relativa alla individuazione dei comportamenti corruttivi di rilievo penale ed alla conseguente necessità di stabilire una comune soglia di criminalizzazione, si pone anche l'esigenza di circoscrivere il fenomeno nella sua valenza economica, politica e sociale.

Sotto il primo profilo, quello relativo alla definizione della corruzione nella sua rilevanza penale, è bene subito precisare che la scelta operata dalle principali Convenzioni internazionali⁶ in materia è stata quella di rinunciare a imbrigliare il fenomeno in un'unica definizione, preferendo indicare una lista di reati che vengono considerati come espressione di atti

⁶ Prima fra tutte la Convenzione ONU contro la corruzione - per il ruolo di strumento di riferimento fondamentale che sta assumendo nella comunità internazionale

corruttivi o comunque rientranti nell'alveo della corruzione. Fra questi, accanto alle tipiche condotte legate alla promessa, offerta o dazione (e, specularmente, sul fronte c.d. passivo, alla sollecitazione o accettazione) di somme di denaro indebite, ovvero di altre utilità anche di ordine non economico, si annoverano il peculato, la malversazione, il traffico di influenza, l'abuso di poteri, l'illecito arricchimento.

Sul versante complementare e strumentale, si pongono i tipici reati finanziari, primo fra tutti il riciclaggio.

Tale situazione, se da un lato palesa la difficoltà di individuare con certezza i termini della corruzione, dall'altra denota il progressivo sviluppo di un'acuita sensibilità al problema, che ha indotto la comunità internazionale a promuovere un percorso per giungere alla enucleazione di alcuni tratti ricorrenti ed identificativi del fenomeno, al fine di rendere possibili comuni azioni di contrasto.

In questo senso, al di là delle differenti qualificazioni, è possibile cogliere alcune caratteristiche fondamentali della corruzione che ne delineano con certezza i contorni antigiuridici.

In primo luogo, essa implica la violazione di un dovere inerente ad una posizione di potere (che non deve essere necessariamente di rilievo pubblico, essendo prevista anche la corruzione nel settore privato), presupponente un dato sistema normativo di riferimento (politico, giuridico, economico). Inoltre, non sempre si concretizza nella commissione di un atto anti-giuridico (è il caso della c.d. corruzione impropria, cioè finalizzata alla commissione di un atto non contrario ai doveri di ufficio), evocando sempre l'aspettativa di un beneficio indebito (non necessariamente economico); infine, la condotta è solitamente realizzata in maniera segreta o riservata.

Qualche spunto, in tal senso, è rinvenibile nella normativa comunitaria, che pure ha tentato di definire il fenomeno con lo scopo di elaborare una strategia di prevenzione e repressione. L'art. 2 della Convenzione del Consiglio d'Europa di diritto civile sulla corruzione entrata in vigore in Italia nell'estate del 2012 recita: *“per «corruzione» s'intende il fatto di sollecitare, offrire, dare o accettare, direttamente o indirettamente, una provvigione illecita o altro indebito vantaggio, ovvero promettere tale indebito vantaggio, in modo tale da pregiudicare il normale esercizio di una funzione o il comportamento regolamentare di colui che beneficia della provvigione illecita o dell'indebito vantaggio o della promessa di tale vantaggio indebito.”*

L'ampiezza dello scenario di riferimento del fenomeno corruzione dà conto di un'ulteriore sua caratteristica peculiare, rappresentata dalla varietà di forme che essa può assumere pur nella identità di quegli elementi fondamentali sopra individuati.

In effetti, la tipologia del fatto corruttivo può variare enormemente già solo considerando la varietà della utilità o del risultato che il corruttore intende raggiungere, ovvero la natura del beneficio che il corrotto si attende, o, infine, le modalità di estrinsecazione dell'accordo criminoso in termini di occasionalità o continuità.

A tal proposito, solitamente, le figure di reato legate al problema della corruzione nella pubblica amministrazione possono essere “graduate” a seconda della pervasività del fenomeno ai più alti livelli istituzionali: in tal senso, la corruzione si può manifestare sia attraverso fattispecie di scarso spessore, cioè in termini di favori o trattamenti preferenziali su temi di minore portata ottenuti in virtù di conoscenze personali, ma può anche giungere al coinvolgimento dei vertici dell'apparato governativo, minando complessivamente la fiducia nelle istituzioni. E se quest'ultima è

sicuramente più allarmante, perché arriva a distorcere lo stesso funzionamento del Paese, i fenomeni corruttivi di lieve entità non vanno comunque trascurati, perché si presentano solitamente in termini di grande diffusività ed estensione, sì da incidere negativamente sulla qualità della vita quotidiana del cittadino, soprattutto nella fruizione dei servizi pubblici.

Volendo, poi, caratterizzare i contesti nel cui ambito la corruzione si sviluppa, possiamo parlare di corruzione politica, in senso soggettivo, per la qualità dell'autore, o in senso oggettivo, per la natura degli interessi coinvolti.

Si può parlare, invece, di una corruzione burocratica o amministrativa, quando essa trova il suo sostrato fondamentale nell'apparato e nel funzionamento della pubblica amministrazione.

Si può parlare di corruzione elevata a sistema, quando essa appare radicata nelle principali leve socio-economiche del Paese e con connotati di stabilità anche nei modi di esplicazione e di coinvolgimento.

Un'altra interessante classificazione proposta analizza la corruzione come fattore *integrante*, nelle ipotesi in cui essa è condotta attraverso meccanismi che promuovono le relazioni fra i singoli e i gruppi, in sistemi duraturi di scambio e di interessi condivisi (quale la corruzione sistemica, che tende anche ad accreditarsi secondo regole non scritte di ingresso e di permanenza); ovvero *disintegrante*, nelle ipotesi in cui, viceversa, crea potenziali divisioni fra chi partecipa allo scambio di corruzione e chi ne è escluso (è il caso dello scambio con valore elevato ed unico, come nel caso di un'opera pubblica importante)⁷.

Di assoluto rilievo, infine, la sensibilità dell'opinione pubblica e della società civile nel discernere ciò che viene avvertito nel comune sentire

⁷ Sul punto, Michael Johnston, *The political consequences of corruption*, 1986.

come comportamento corruttivo moralmente riprovevole e, quindi, da combattere, da ciò che, invece, viene accettato quasi con indifferenza o rassegnazione, e viene pertanto considerato tollerabile o addirittura necessario⁸. È evidente, infatti, che anche la volontà e capacità di reazione della collettività può condizionare in maniera pressoché determinante la concreta possibilità di contrastare il fenomeno al di là della sua criminalizzazione a livello giuridico.

Tali considerazioni, sebbene non idonee a giungere ad una definizione certa ed univoca del fenomeno corruttivo, permettono di comprenderne e delinearne la portata nella realtà sociologica, prima ancora che giuridica, poiché solo dalla consapevolezza della necessità di interrompere la tolleranza sociale verso la corruzione può derivare una sicura identificazione di efficaci politiche di contrasto, non solo sul versante repressivo, ma anche e soprattutto sotto il profilo della prevenzione.

3. Corruzione amministrativa e definizione dei valori dell'etica pubblica

La c.d. “corruzione amministrativa” è un fenomeno che coinvolge le pubbliche amministrazioni, o, per meglio dire, i rapporti tra le persone, in qualità di cittadini, e gli uffici pubblici.

Questa si verifica quando il potere pubblico, sulla base di un patto illecito, viene sviato dalla sua naturale esplicazione, tradendo i valori cd. dell’“etica pubblica”, che si individuano in regole dell’agire umano generalmente condivise e, spesso, riconosciute in norme cogenti.

⁸ D. Della Porta e A. Vannucci, *Mani Impunite, vecchia e nuova corruzione in Italia*, Bari, 2007.

Il corretto esercizio del potere pubblico, infatti, si esplica non solo in relazione al rispetto del principio di legalità – inteso, in senso ampio, come rispondenza del potere ai limiti individuati di volta in volta dalla legge -, ma si verifica anche in relazione alla rispondenza a valori etici, morali e sociali, ancor prima che giuridici.

Tali valori, attinenti a parametri di serietà, onestà e parsimonia, ispirano il retto agire nell’ambito della pubblica amministrazione, trasposto efficacemente dalla carta costituzionale nella locuzione di *buon andamento*⁹.

L’etica pubblica, come è stato opportunamente osservato, “*definisce il corretto agire dei pubblici agenti al servizio della collettività, in tutta la sua pienezza, dal rispetto della legge sino alla soddisfazione ultima degli interessi protetti, delle giuste aspirazioni dei cittadini utenti, nel rispetto della loro dignità*”¹⁰.

Il rispetto dei principi dell’etica pubblica non si manifesta infatti soltanto attraverso l’esplicita violazione di norme di legge, idonea a configurare una autonoma e specifica rilevanza dal punto di vista sanzionatorio. Piuttosto, il tradimento di tali valori è spesso configurabile in termini di “atteggiamento omissivo”, ovvero come “cultura dell’inefficienza” da parte dei pubblici funzionari¹¹.

La stretta attinenza di tale fenomeno, connesso alla generale inefficienza degli apparati pubblici, al problema della corruzione amministrativa è evidente.

⁹ M. R. Spasiano, *il principio del buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, Napoli, 2011.

¹⁰ Cerulli Irelli, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in F. Merloni e L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, 2010.

¹¹ S. Sepe, “*Cultura ed etica dei dirigenti pubblici in Italia: il ruolo della formazione*”, in *Rivista della Corte dei Conti*, n. 5, 1992, pag. 217-224

È da tempo che si rileva all'interno dei meccanismi istituzionali, non solo nazionali ma anche internazionali, un sistema pubblico ed imprenditoriale imbrigliato nelle maglie dell'illegalità e delle inefficienze. I costi economici della corruzione sono così ingenti da determinare una grave perdita di competitività del Paese e pericolose conseguenze sul bilancio dello Stato.

Come si è già accennato, grave appare il costo sociale di tale fenomeno: la corruzione è così dilagante da minare le fondamenta stesse del nostro sistema democratico. La disaffezione dei cittadini alle istituzioni e la lontananza dalla Stato possono portare – ancor più in un periodo di crisi e rimodulazione delle identità e appartenenze come l'attuale contingenza storica – a un grave scollamento del tessuto politico-sociale del Paese.

Il legislatore ha avvertito, pertanto, l'urgenza di un'analisi conoscitiva delle criticità e degli elementi che contribuiscono a determinare tale manifestazione patologica delle attività delle pubbliche amministrazioni, per comprenderne le cause e tentare di porre rimedi. È proprio sull'individuazione e sulla valorizzazione di regole etiche che il legislatore ha puntato nell'attività di riforma della normativa anticorruzione adottata a partire dalla legge 6 novembre 2012, n. 190.

Le riforme nascono infatti dalla consapevolezza che, a fronte di un fenomeno poliedrico, anche gli strumenti da mettere in campo sono differenti: la corruzione penalmente rilevante si combatte principalmente con la repressione, cioè con l'irrogazione di sanzioni; viceversa, le forme di malcostume rilevanti per il diritto amministrativo si combattono con meccanismi organizzativi e procedurali, agendo sui controlli amministrativi e sulla trasparenza, puntando sulla deontologia e sulla formazione del personale.

L'argomento rileva sotto due aspetti che contribuiscono a una piena affermazione del principio di democraticità delle istituzioni amministrative: il diritto dei cittadini alla qualità delle prestazioni erogate dalle pubbliche amministrazioni e il diritto – conseguente ma non meno importante - a ricevere una rendicontazione delle attività e delle spese sostenute.

Il legislatore ha posto, quindi, l'etica pubblica al centro della missione dell'amministrazione e, conseguentemente, ha imposto alla stessa una serie di compiti, che possono riassumersi efficacemente nell'obbligo di *fornire risposte*, nel duplice significato di garantire qualità nell'erogazione dei servizi e dar conto della propria attività, sia in termini di scelte che in termini di spesa pubblica.

4. Diffusione del fenomeno corruttivo in Italia

Per individuare e quantificare i danni provocati dalla corruzione all'interno del sistema democratico, si è spesso tentato di analizzare la diffusione del fenomeno attraverso dati statistici.

Più in particolare, l'analisi delle statistiche giudiziarie mostra un'apparente scarsa incidenza del fenomeno corruttivo, ma è un dato poco significativo, poiché il numero delle denunce e dei relativi processi è molto limitato e non è idoneo a fornire indicazioni attendibili sulla effettiva diffusione del problema. Infatti, sebbene i dati sul numero di condanne¹², di denunce e di arresti per corruzione ne tratteggino un trend decrescente, almeno dal 2000 al 2007, sembra che questi stessi dati, dal 2008 in poi,

¹² I dati cui si fa riferimento sono quelli resi disponibili dal Dipartimento di Giustizia, dal 1996 al 2006, e consultabili su <http://www.anticorruzione.it>. A titolo esemplificativo, il numero di sentenze di condanna per corruzione nel 2000 è stato di 968 mentre quello nel 2006 di 186.

abbiano fatto registrare una controtendenza¹³ e che la «qualità» della corruzione, ossia la sua pervasività ai più alti livelli istituzionali e il suo utilizzo costante da parte delle organizzazioni criminali sia cresciuta notevolmente.

Bisogna perciò distinguere tra i dati giudiziari relativi all'incidenza penale del fenomeno e quelli - ben più rilevanti - relativi alla *percezione della corruzione*, che indicano invece la pervasività di fenomeno nel contesto sociale che ogni giorno viviamo. Un'indicazione a tal fine proviene da *Transparency International*¹⁴, una tra le maggiori organizzazioni che a livello globale che si occupano di prevenire e contrastare la corruzione. L'associazione elabora ogni anno il *corruption perception index (CPI)*, un indice che offre la misurazione della corruzione nel settore pubblico e politico di 168 Paesi nel Mondo, allo scopo di orientare le decisioni di investimento internazionale delle imprese.

¹³ Si veda la Relazione del Presidente della Corte dei conti in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario 2010: «La regolazione disciplinatrice delle attività da svolgere è dettagliata e, talvolta, persino pervasiva. Ciononostante, le inosservanze sono frequenti, territorialmente diffuse, mettono a nudo l'insufficienza, nell'avversare le azioni elusive dei dettami di legge, del solo fattore normativo non accompagnato da protocolli interni specificamente programmati, elaborati e dedicati al contrasto preventivo di anomalie e di degenerazioni dannose». Nella Relazione del Procuratore generale della Corte dei conti si legge che: «emerge un deciso aumento delle denunce per fatti di corruzione e concussione accertati nel 2009, rispettivamente +229% e +153%, rispetto al 2008». Di simile tenore sono le relazioni del 2011.

¹⁴ Si tratta di un'associazione non governativa e no profit fondata nel 1993 a Berlino e diffusa in oltre 100 Paesi del mondo. In particolare, *Transparency International Italia* è stata fondata nel 1996 da persone di diversa estrazione sociale e professionale (imprenditori, accademici, funzionari e privati) e si rivolge a tutti gli individui, gli enti, le istituzioni, le associazioni private e pubbliche che condividano le finalità e intendano perseguire gli obiettivi propri del movimento internazionale e dell'organizzazione italiana.

Sebbene nella più recente classifica¹⁵ l'Italia si posizioni al 61° posto, rispetto al 68esimo degli anni precedenti¹⁶ (guadagnando così 8 posizioni nel *ranking* mondiale), la posizione dell'Italia rimane purtroppo in fondo alla classifica europea, seguita solamente dalla Bulgaria e preceduta anche da Paesi generalmente considerati molto corrotti, come Romania e Grecia, entrambi in 58° posizione.

In particolare, secondo tale statistica, gli italiani percepiscono la corruzione come un fenomeno altamente diffuso soprattutto nel settore degli appalti pubblici, ove proliferano pratiche scorrette quali capitoli d'oneri ritagliati su misura per favorire determinate imprese (52%); abuso delle procedure negoziate (50%); conflitto di interesse nella valutazione delle offerte (54%); offerte concordate (45%); criteri di selezione o di valutazione poco chiari (55%); partecipazione degli offerenti nella stesura del capitolato (52%); abuso della motivazione d'urgenza per evitare gare competitive (53%); modifica dei termini contrattuali (38%) dopo la stipula del contratto¹⁷.

La pervasività di tale fenomeno si spiega facilmente alla luce del rilievo economico e strategico del settore dei contratti pubblici, che muove

¹⁵ La classifica dell'anno 2015 è stata presentata il 27 gennaio 2016 e ha posizionato l'Italia al 61esimo posto nella graduatoria che classifica 168 Stati sulla base della corruzione percepita.

¹⁶ La posizione dell'Italia è passata dal 45° posto su 180 Stati nel 2005 al 69° posto nel 2011. I dati sul CPI sono disponibili su <http://www.transparency.org>. Un inquadramento della corruzione nel contesto della criminalità economica è presente in S. Manacorda, *La corruzione internazionale del pubblico agente: linee dell'indagine penalistica*, Napoli, Jovene, 1999, 15. Offre una sintesi degli effetti economici della corruzione G. Mannozi, *Combattere la corruzione: tra criminologia e diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 781. Sull'allineamento politico «strutturale» delle imprese e l'aumento del rischio di corruzione e di distorsione nell'utilizzo della spesa pubblica, si veda E. Goldman, J. Rocholl, J. So, *Political Connections and the Allocations of Procurement Contracts*, aprile 2008, consultabile su <http://ssrn.com/abstract=965888>.

¹⁷ I dati relativi al settore degli appalti sono stati elaborati nella Relazione sulla lotta alla corruzione nell'Unione Europea, stilata ogni biennio dalla Commissione europea.

circa il sette per cento del PIL nazionale, il sedici per cento del PIL europeo e assegna ogni anno in Italia circa 125 mila contratti di importo superiore a 40 mila euro¹⁸.

Secondo le stime del Servizio anticorruzione e trasparenza della Presidenza del Consiglio dei ministri, la corruzione «costa» al sistema economico italiano circa 60 miliardi di euro all'anno¹⁹.

Tali dati sono confermati dalle annuali relazioni della Corte dei Conti che, nello svolgere il proprio ruolo di tutela della finanza pubblica, sotto il duplice profilo degli equilibri di bilancio e della prevenzione e repressione dei danni erariali, può monitorare l'andamento del fenomeno corruttivo, anche in relazione al danno economico cagionato in termini di ricchezza del Paese. In particolare, la Corte ha rilevato la necessità che, in ordine all'adeguamento delle misure di prevenzione, non vi siano arretramenti rispetto agli standard ormai consolidati in tutti i Paesi economicamente e socialmente più avanzati. Necessità che deriva dai danni all'economia causati dalla diffusione di fenomeni corruttivi, poiché i costi diretti della

¹⁸ Sul punto, G. Mele, La dimensione economica e il funzionamento del mercato degli appalti pubblici, relazione presentata al Convegno Confindustria «Concorrenza come bene pubblico», Vicenza, marzo 2006. Si vedano anche l'Audizione del Presidente dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici alla Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali anche straniere, Roma, 25 maggio 2010, e I. Filippetti, Osservatorio appalti pubblici e legalità, in Urb. app., 2008, 913-916, in riferimento alla «Mappa della corruzione in Italia» a cura dell'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione, resa pubblica nel 2007. Si precisa che dal 2 luglio 2010, il sen. Giuseppe Brienza ha assunto le funzioni di Presidente dell'Avcp, sostituendo Luigi Giampaolino e che dal 29 luglio 2011 Sergio Santoro ne ha assunto la reggenza.

¹⁹ Riassume le stime della «tassa occulta» N. Cottone, Corte dei conti: «corruzione tassa occulta da 50/60 miliardi», in IlSole24Ore, 25 giugno 2009, consultabile su <http://www.ilsole24ore.com/art/SoleOnLine4/Economia%20e%20Lavoro/2009/06>. Per una ricostruzione generale del problema, si veda D. Della Porta, A. Vannucci, Forme di controllo e corruzione politica in Italia, in Riv. trim. scienza amm., n. 1, 1997, 123-148.

corruzione ammontano a 60 miliardi di euro l'anno (pari a circa il 4% del PIL)²⁰.

5. Brevi cenni sulla nascita e sull'evoluzione della normativa italiana in tema di prevenzione della corruzione

La normativa italiana in materia di lotta alla corruzione, nelle molteplici forme sin qui delineate, prende le mosse, storicamente, dall'inchiesta giudiziaria denominata "Mani Pulite" che, nei primi anni novanta, portò alla luce un vasto sistema di corruzione diffuso nel mondo politico e finanziario, fondato su accordi stabili che assicuravano un flusso costante di finanziamenti ai partiti, flusso proveniente per lo più da imprese interessate a stipulare contratti con le pubbliche amministrazioni per la prestazione di lavori e servizi.

L'inchiesta, di notevole ampiezza e spessore, in considerazione del numero e della posizione di vertice dei soggetti coinvolti - soprattutto politici ed imprenditori, ma anche burocrati, militari, magistrati - ebbe rilevanti conseguenze sul tessuto politico e istituzionale, con l'uscita dalla scena dei principali partiti politici e l'emergere di nuove formazioni, che dettero l'avvio alla cosiddetta "seconda repubblica".

La corruzione che era stata svelata, aveva carattere ambientale ed era diventata sistemica: la promessa e la dazione diretta di compensi illeciti, attraverso la tangente, era talmente usuale da non essere soggetta neanche a richiesta esplicita²¹.

²⁰ È il dato rilevato nella Relazione del Presidente della Corte dei Conti in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015.

²¹ A. Di Nicola, *Dieci anni di lotta alla corruzione in Italia*, in M. Barbagli (a cura di), *Rapporto sulla criminalità in Italia*, Bologna, 2003, pp. 109-133

L'emersione di tale sistema avvenne, secondo quanto è stato ritenuto più probabile²², perché la corruzione aveva ormai raggiunto un limite insuperabile, quello del debito pubblico, e non poteva espandersi oltre anche a causa di condizioni esterne, quali l'appartenenza all'Unione europea e gli obblighi che ne derivavano. Infatti, la tangente rappresenta un costo che non rimane a carico dell'imprenditore che la versa, ma si ripercuote sul costo finale dell'opera realizzata per l'ente pubblico. Inoltre, non essendo stimolata la competitività dell'impresa, i profitti assicurati dalla corruzione non diventano fonte di nuovi investimenti produttivi.

Per tali considerazioni, è forse giusto ritenere che il forte sentimento di indignazione suscitato dall'inchiesta giudiziaria fosse sorretto, più che da motivazioni di ordine morale, dal drastico aumento della pressione fiscale che quel meccanismo aveva prodotto, anche in relazione ai servizi che lo Stato offriva ai cittadini.

Dopo i successi iniziali dell'indagine giudiziaria, cui venne rimesso il compito di ripristinare la legalità violata, le potenzialità di sviluppo dell'indagine andarono esaurendosi, per gli effetti prodotti da provvedimenti adottati dalla classe politica, in propria difesa e l'affermarsi di pratiche corruttive più sofisticate, che hanno reso più difficile la loro individuazione e repressione²³.

L'inchiesta fu di certo la prima causa a generare un cambiamento di rotta nelle politiche legislative di lotta alla corruzione.

²² In questo senso, E.U.Savona, L.Mezzanotte, *La corruzione in Europa*, Roma, 1998.

²³ In questo senso, G.Forti, *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da «mani pulite»*, 2003, secondo cui la vasta inchiesta giudiziaria avrebbe addirittura contribuito alla “evoluzione della specie”, inducendo l'affinamento delle tecniche corruttive.

Tradizionalmente, infatti, il fenomeno era stato affrontato con strumenti di repressione penale; viceversa, in quell'occasione si scelse²⁴ di individuare il rimedio, più che nell'esercizio dell'azione penale, in una riforma organizzativa e funzionale del settore pubblico, con l'obiettivo di ridare vigore e dignità all'amministrazione e ridurre le disfunzioni del sistema.

Fu varata, così, nel 1994, la Riforma Merloni, con lo scopo di operare una riabilitazione della struttura amministrativa preposta all'esecuzione dei lavori pubblici²⁵. A tal fine, risultò altresì opportuno istituire una autorità indipendente, l'A.V.C.P., preposta a tutelare la funzione di imparzialità della pubblica amministrazione ed a svolgere attività di vigilanza, ispezione e verifica.

Si riteneva, infatti, che il modello dell'Autorità indipendente potesse facilitare e rendere più efficace il controllo sull'agire pubblico, in particolare in relazione alle procedure di affidamento e di esecuzione dei lavori.

La Legge Merloni²⁶ si occupò anche del settore dei contratti pubblici, stabilendo delle regole procedurali volte a garantire la legittimità delle aggiudicazioni: parità di trattamento di tutti i concorrenti, criteri di scelta del miglior contraente sul mercato, trasparenza e pubblicità degli avvisi e delle procedure.

²⁴ Legge 11 febbraio 1994, n.109 la c.d. "legge Merloni".

²⁵ le indicazioni in tal senso erano state formulate, già nel decennio precedente, dal Rapporto Giannini, *Sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, 16 novembre 1979.

²⁶ M. Clarich, La legge Merloni quater tra instabilità e flessibilità, in *Corr. giur.*, 2002, 1401 ss

Il legislatore italiano degli anni Novanta, già prima del recepimento della normativa europea nel cd. Codice dei Contratti²⁷, aveva creato delle garanzie nella fase di aggiudicazione, in relazione al rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza ed aveva introdotto stringenti vincoli alla discrezionalità delle amministrazioni contraenti, anche ponendo in secondo piano le esigenze di apertura del mercato interno alla concorrenza europea. Per fare un esempio, è sufficiente rilevare che, nell'ottica della legge Merloni, vincolare l'amministrazione aggiudicatrice alla scelta di un solo criterio, quello del prezzo più basso²⁸, costituiva il rimedio per assicurare trasparenza e controllo dell'operato dei pubblici funzionari. Allo stesso modo, la previsione di rigidi meccanismi di aggiudicazione e di compressione della discrezionalità era considerata una garanzia volta a prevenire fenomeni di corruzione ed il legislatore italiano, per molto tempo, ne ha fatto un baluardo in difesa dell'attività vincolata²⁹.

Inevitabilmente, la prevenzione della corruzione, così come intesa nella legge Merloni, finì con il determinare la chiusura protezionistica, forse non voluta, del mercato delle commesse pubbliche, il rallentamento delle procedure di affidamento non adeguatamente flessibili, la generale inefficienza delle norme sui lavori pubblici.

²⁷ Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163

²⁸ Secondo quanto disposto dall'art. 21, l. n. 109/1994, che prevedeva come criterio generale di aggiudicazione quello del prezzo più basso, con la sola eccezione di quelle gare in cui fosse risultato indispensabile l'apporto progettuale dei concorrenti.

²⁹ Sul punto, F. Garri, Il mercato dei contratti pubblici; il ruolo dell'Autorità di vigilanza di settore e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), Trattato sui contratti pubblici, vol. I, Milano, Giuffrè, 2008, 630; M.A. Sandulli, A. Cancrini, I contratti pubblici, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), La corruzione amministrativa, cit., 437 ss.

Nel decennio seguente, la principale innovazione in materia di contrasto alla corruzione si ebbe con il D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231³⁰, che introdusse nella legislazione italiana la responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche, molto modellata, per l’aspetto comminatorio delle sanzioni, sul paradigma della fattispecie penale. La svolta consisteva nel fatto che lo Stato, attraverso l'introduzione di forme sanzionatorie altamente punitive degli illeciti societari, chiedeva alle imprese stesse di fare attività di polizia interna e di dotarsi di strumenti di verifica, di prevenzione e disciplinari³¹.

In seguito, la riforma della disciplina degli appalti pubblici, avviata successivamente agli anni Novanta, ha avuto l'obiettivo di combattere la corruzione con metodi di natura amministrativa e di specie procedimentale, quali l'aumento della trasparenza e la riduzione della discrezionalità amministrativa dei funzionari responsabili.

³⁰ Tale normativa, avente ad oggetto la “Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica”, in vigore dal 4 luglio 2001, ha introdotto, nell’ordinamento italiano, in conformità a quanto previsto anche a livello europeo, un nuovo regime di responsabilità per le persone giuridiche, le società e le associazioni, denominata “da reato”, derivante dalla commissione o tentata commissione di determinate fattispecie di reato nell’interesse o a vantaggio degli enti stessi, ma lo affrontava con la previsione di regole interne che le imprese si dovevano dare in base alla nuova normativa per evitare la commissione di reati da parte di propri dipendenti.

³¹ Per ricordare l'origine storica di questa legge, è necessario tornare alla seconda metà degli anni '70, quando scoppiò lo scandalo delle tangenti Lockheed. A seguito di quello scandalo, fu introdotto, negli Stati Uniti, il *Foreign Corrupt Practices Act*, che segnò l'inizio della battaglia internazionale dell'America a favore della legalità, sfociata nella Convenzione Ocse del 1997. L'accordo introduceva due principi essenziali: in primo luogo, si definì illegale la corruzione internazionale, e, in secondo luogo, si stabilì che gli Stati membri dell'Ocse avrebbero dovuto prevedere la responsabilità penale di quelle aziende che avessero commesso atti corruttivi. L'Italia diede seguito alla stipula con il d.lgs. 231/01.

6. Considerazioni preliminari sul fenomeno corruttivo negli appalti pubblici: accenni alle fattispecie di reato connesse al fenomeno corruttivo.

Gli appalti pubblici costituiscono senza dubbio un settore sensibile al fenomeno corruttivo, specie riguardo all'infiltrazione criminale di tipo mafioso. Ciò in quanto agli appalti pubblici ed in particolare alla realizzazione di opere pubbliche può corrispondere una ingente movimentazione di denaro.

L'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici è peraltro collegata ai fenomeni di corruzione e più in genere di malaffare che costituiscono una piaga del settore pubblico.

Prima dunque di addentrarci nel tema è peraltro opportuno, seppure brevemente fare riferimento ad alcuni concetti di matrice penalistica, utili ad inquadrare il fenomeno.

Il Codice penale disciplina il reato di corruzione con gli artt. 318³² e seguenti, collocando la fattispecie nell'alveo dei delitti contro la Pubblica Amministrazione. La figura criminosa delineata, secondo l'orientamento prevalente³³, ha una struttura bilaterale e si presenta come reato unitario, plurisoggettivo, ovvero a concorso necessario, che si configura solo quando le condotte del corruttore e del corrotto sono indirizzate verso il medesimo risultato.

La legge 190/2012 cit., oltre ad intervenire sulla prevenzione del fenomeno corruttivo, ha apportato numerose novità agli articoli 318-322

³² La disciplina ha subito numerosi e rilevanti interventi implementativi ad opera della citata riforma di cui alla legge 190/2012.

³³ R. Garofoli, *Manuale di diritto penale*, parte speciale, cit. pp. 216-219. Ancora si veda, M. Amisano Tesi, *le tipologie della corruzione*, p. 38-39; A. Pagliaro – M. Parodi Giusino, *principi di diritto penale*, parte speciale I, pp. 187-188.

c.p., prefiggendosi il difficile compito di implementare e rafforzare le politiche di contrasto al fenomeno della illegalità all'interno delle pubbliche amministrazioni.

È di chiara evidenza che la legge costituisce, anche sotto il profilo penalistico, un concreto segnale di tenacia in un momento storico pervaso da forte crisi di valori e ideali ed ha avuto il compito di ridisegnare in maniera consistente non solo i sistemi di controllo della trasparenza, i doveri e i divieti dei dipendenti, ma anche l'intero impianto di reati contro la pubblica amministrazione.

Le novità legislative hanno infatti ampliato la portata punitiva dell'art. 318 c.p., facendovi rientrare anche ipotesi che la previgente disciplina estrometteva.

Invero, tale norma, che originariamente disciplinava la sola "*corruzione per un atto d'ufficio*", oggi disciplina la più ampia ipotesi di "*corruzione per l'esercizio della funzione*". A seguito della novella, dunque, il fondamento della punibilità della condotta è da rinvenirsi sempre nel *pactum sceleris* tra il privato il pubblico ufficiale, ma mentre prima la condotta del pubblico ufficiale doveva essere collegata al compimento di un atto d'ufficio, ora la norma fa genericamente riferimento all'esercizio delle funzioni o dei poteri.

Nella previgente dicitura, infatti, l'articolo 318 c.p. puniva, al comma 1, la condotta del pubblico ufficiale che "*per compiere un atto del proprio ufficio riceveva per sé o per un terzo un corrispettivo non dovuto o ne accettava la semplice promessa*". Tale fattispecie corrispondeva alla corruzione cd. *propria*. Il secondo comma, viceversa, riguardava la figura di reato nota anche come *corruzione impropria* e sanzionava la circostanza in cui la retribuzione riscossa dal pubblico ufficiale risultava un atto del proprio ufficio.

L'attuale disposizione di cui all'art. 318 c.p., viceversa, stabilisce che *“Il pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa è punito con la reclusione da uno a sei anni”*³⁴

Dunque, il primo e più evidente segno di distinzione è stata la soppressione del necessario collegamento del denaro o dell'utilità ricevuti o promessi, con un atto da adottare o adottato, (così da configurare questa forma di corruzione come una corruzione per asservimento in linea con le soluzioni normative sperimentato in altri ordinamenti in particolare in quello tedesco).

Con il nuovo testo dell'articolo 318 c.p., il legislatore ha infatti accolto le indicazioni sollevate dalla giurisprudenza che, già da tempo, nel definire la nozione di *“atto oggetto di mercimonio”*³⁵, aveva già previsto la punibilità del pubblico ufficiale a prescindere dal compimento di uno specifico atto.

L'ipotesi di *pactum sceleris* tra privato e pubblico ufficiale rappresenta quindi, ad oggi, una fattispecie di reato perseguibile sulla base del mero mercimonio della funzione.

³⁴ Il massimo edittale della pena è stato di recente aumentato da 5 a 6 anni dalla Legge 27 maggio 2015, n. 69, rubricata “Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio”, in G.U. 30 maggio 2015, n. 124. La medesima legge, al comma 2, prevede un inasprimento della pena anche in relazione alla sospensione condizionale, modificando l'art. 165 c.p. che ora prevede Nei casi di condanna per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320 e 322-bis, la sospensione condizionale della pena è comunque subordinata al pagamento di una somma equivalente al profitto del reato ovvero all'ammontare di quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio, a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319-ter, in favore dell'amministrazione della giustizia, fermo restando il diritto all'ulteriore eventuale risarcimento del danno».

³⁵ Nota giurisprudenza

Il secondo elemento di forte differenziazione rispetto al passato è rappresentato dall'eliminazione di ogni riferimento alla nozione di "retribuzione", che evocava l'esistenza di un rapporto di stretta sinallagmaticità tra la prestazione del privato e la controprestazione del funzionario pubblico. La cancellazione del termine retribuzione in favore della più ampia "*ricezione di denaro o altra utilità*" implica che non è più necessario che vi sia proporzionalità tra la prestazione posta in essere dal funzionario e l'utilità promessa o ricevuta, con la conseguenza che il reato è oggi configurabile e perseguibile anche nell'ipotesi in cui i donativi siano modici o di pura cortesia, come già previsto nell'ipotesi di cui all'articolo 319 c.p.

Accanto al nuovo delitto di cui all'articolo 318 c.p., continuano porsi sia il delitto di "corruzione per un atto contrario doveri d'ufficio" di cui all'art. 319 c.p., che quello di corruzione in atti giudiziari, di cui all'art. 319 ter c.p. Questi ultimi reati non sono stati oggetto di modifiche strutturali, bensì solo di inasprimenti della pena edittale.

La norma continua infatti a disciplinare due distinte figure di reato³⁶: la prima, detta corruzione propria antecedente, prevede l'ipotesi del pubblico ufficiale che riceve denaro o altra utilità o accetta la promessa per compiere un atto contrario ai doveri d'ufficio ovvero per promettere o ritardare un atto d'ufficio; nella seconda, detta corruzione propria susseguente viene punito il funzionario che riceve il compenso o ne accetta la promessa per aver omesso o ritardato un atto d'ufficio.

³⁶ Le due fattispecie, come sottolineato dallo stesso ministro della giustizia, si pongono in un rapporto di disvalore progressivo: la prima è basata su una condotta oggettivamente meno grave, con la conseguente previsione di un trattamento sanzionatorio più mite rispetto alla corruzione propria; la seconda è connotata da un maggior disvalore che ne giustifica un più aspro trattamento sanzionatorio.

Inoltre, il Codice penale disciplina anche le “Associazioni di tipo mafioso”, con la previsione contenuta nell'art. 416 bis, che punisce chiunque faccia parte di un tale qualificato raggruppamento, in maniera graduata a seconda del ruolo assunto in concreto, in ossequio ai principi di proporzionalità e personalità della pena.

Il comma 3, prevede in particolare che l'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono dalla forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento ed omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, di appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali.

In tal senso, il delitto di associazione di tipo mafioso presenta una spiccata connotazione plurioffensiva, essendo il disvalore penale correlato non solo alla minaccia dei beni dell'ordine democratico e dell'ordine pubblico, ma anche all'attitudine a insidiare quelli della libertà di mercato e dell'iniziativa economica, sia pubblica che privata. In definitiva, le associazioni criminali di stampo mafioso si distinguono dalle associazioni a delinquere di carattere comune per essere soprattutto connotate dalla ricerca di profitti economici e sociali ingiusti, acquisiti attraverso il metodo mafioso.

Si tratta, dunque, di associazioni criminali che non hanno soltanto lo scopo ed il fine di commettere delitti, ma di acquisire, attraverso l'intimidazione e l'omertà altrui, un vantaggio sociale consistente nel conseguire il controllo di un certo contesto sociale.

Questa osservazione sembra avere un peso decisivo nella particolare attenzione che bisogna portare verso determinate attività, legate per l'appunto in maniera precipua al territorio, specie nel settore delle opere pubbliche e in altre apparentemente minori tipologie di servizi o di forniture, di carattere ancillare e, peraltro, del tutto prive di ogni presidio antimafia.

In questi ambiti, le mafie tradizionali, spesso rappresentano un vero e proprio potentato locale, essendo in grado di organizzare e di imporre una forma di monopolio naturale delle materie prime (ad esempio attraverso il controllo delle cave) capace di dettare, in assenza di concorrenti e competitori, le regole economiche del settore³⁷.

Occorre, sottolineare, inoltre, che l'organizzazione criminale potrebbe in realtà operare all'interno degli schemi legali, ovvero non illecitamente.

Un dato pare, in ogni caso, certo: dove c'è denaro, o meglio, dove la possibilità di guadagno è cospicua, alto è il rischio della presenza delle organizzazioni criminali e di fenomeni corruttivi.

Le commesse pubbliche di lavori, servizi e forniture da parte delle pubbliche amministrazioni rappresentano una porzione assai rilevante dell'economia non solo del nostro Paese ma addirittura a livello europeo: secondo dati della Commissione europea, il loro peso economico è misurabile in circa il 16 % del prodotto interno lordo comunitario³⁸.

7. I fattori di rischio individuati nel settore degli appalti pubblici

³⁷ G.Zamberletti, *I tentativi di infiltrazione mafiosa, le informative tipiche e quelle atipiche o supplementari: punto della situazione e prospettive*, in Riv. Trimestrale App. Pubb., n. 4/2008.

³⁸ Il dato è reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/youreurope/business/profitting-from-eumarket/benefiting-from-public-contracts/index_it.htm.

Come si è già detto, il fenomeno corruttivo si presenta in varie forme: oltre ad essere diversi, da caso a caso, il fatto corruttivo, i mezzi di influenza del corruttore nei confronti del corrotto, la ricorrenza dello «scambio occulto», possono variare gli istituti, le norme e gli atti in cui la corruzione si inserisce.

L'emersione di fenomeni di corruzione nell'ambito delle procedure che regolano l'affidamento e esecuzione delle opere pubbliche nel nostro Paese è purtroppo un problema che si ripresenta nel tempo con puntuale ciclicità.

In questo settore, la corruzione si presenta come uno degli strumenti per mezzo dei quali singoli individui, organizzazioni criminali o di stampo mafioso³⁹ condizionano lo svolgimento delle gare pubbliche o cercano di evitarne lo svolgimento. I vantaggi, per il corruttore, possono derivare dal ricorso a procedure ristrette e ad affidamenti diretti, dai subappalti, dalla mancata osservanza degli obblighi in materia di qualificazione delle imprese, dall'uso distorto delle varianti in corso d'opera al fine di far lievitare i costi e così via.

Lo scambio corruttivo si manifesta attraverso una serie di reati (dazione o sollecitazione di tangenti, riciclaggio, traffico di influenze, peculato, malversazione, abuso di poteri, illecito arricchimento).

La tipologia di corruzione tipica del settore degli appalti pubblici è quella che Susan Rose-Ackerman inquadra nel novero dei «*payments to*

³⁹ Sul punto, occorre ribadire che «la corruzione resta perciò nei rapporti con le pubbliche istituzioni l'arma principale della mafia perché caratterizzata dal silenzio, dal coinvolgimento del destinatario [...]». Così L. Violante, *Corruzione e mafia*, in *Corruzione e sistema istituzionale*, cit., 76. Sulla «mafia imprenditrice», P. Arlacchi, *La mafia imprenditrice. L'etica mafiosa e lo spirito del capitalismo*, Bologna, il Mulino, 1983; M. Centorrino, F. Ofria, *L'impresa mafiosa*, in *Segno*, vol. 243, 2002, 77-80, cit. in L. Fiorentino, *Attività di impresa della criminalità organizzata e distorsioni della concorrenza, intervento agli incontri seminariali «Cultura e legalità per lo sviluppo, l'impresa criminale organizzata e il libero mercato»*, Casal di Principe, 17 aprile 2009.

exercise discretionary powers in favor of briber» che mirano ad ottenere un «beneficio discrezionale»⁴⁰.

L'importanza del tema, come si è già accennato, è strettamente legata alla sua dimensione economica, sia nazionale che europea, e all'ammontare di risorse che la corruzione drena dal sistema economico. Infatti, come si vedrà in seguito, il rischio corruttivo si manifesta già nella fase «politica» di stanziamento di risorse economiche per il finanziamento degli appalti pubblici, antecedente a quella di progettazione dell'opera o di pubblicazione del bando, ma non direttamente regolata dalla normativa sugli appalti pubblici.

L'attuale quadro normativo è stato interessato, nel biennio 2012-2014 da numerose e sostanziali modifiche, principalmente orientate a garantire la correttezza nello svolgimento delle procedure di affidamento ed a semplificare l'iter di scelta del contraente. L'ondata di riforme non si è tuttavia conclusa: l'Italia è stata chiamata al recepimento di tre direttive comunitarie in materia di appalti e concessioni adottate nel 2014. La procedura ha avuto inizio con la recente legge delega 28 gennaio 2016, n.11, a seguito della quale il Governo ha approvato lo schema di decreto legislativo il 3 marzo 2016, (atto 283).

⁴⁰ M.S. Giannini, Tangenti ed appalti, in *Politica e Mezzogiorno*, Nuova serie, n. 1/2, 1992, e S. Cassese, Appalti e tangenti, in *La Repubblica*, 2 settembre 1992, 8. Sul punto, ex multis, S. Rose-Ackerman, *Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform*, Cambridge University Press, 1999, cit. in A. Ogus, *Corruption and Regulatory Structures*, in *Law and Policy*, Baldy Center for Law and Social Policy, n. 3, 2004, 332. Ciò che ha spinto, storicamente, la burocrazia a servirsi della corruzione come strumento di rendita e privilegi personali sarebbe «la perdita di quota della burocrazia come parte del corpo politico [...]. La burocrazia che si vede esclusa dal corpo politico è spinta da una forza interna a riacquistare lo spazio perduto attraverso la corruzione, che aumenta il suo potere e il suo reddito personale». Così S. Cassese, *Ipotesi sulla storia della corruzione in Italia*, in G. Melis, (a cura di), *Etica pubblica e amministrazione*, Napoli, Cuen, 1999, 183

I nuovi istituti hanno contribuito alla creazione di un sistema improntato ai principi del controllo diffuso e della più ampia partecipazione possibile alle gare, puntando a valorizzare il dato sostanziale in luogo di quello strettamente procedimentale.

Il più chiaro esempio di tale tendenza è rappresentato dall'istituto del soccorso istruttorio di cui all'art 38 comma 2-*bis*, che impone alla stazione appaltante l'obbligo di consentire ai concorrenti la produzione di documenti relativi alla domanda di partecipazione – attestanti dunque l'idoneità a partecipare alla procedura selettiva – anche in un momento successivo a quello della presentazione dell'offerta. In altri termini, i partecipanti possono regolarizzare eventuali carenze documentali anche in corso di gara, pagando una sanzione pecuniaria, in luogo dell'esclusione dalla procedura.

Si assiste, dunque, ad una chiara tendenza a ridurre le cause di esclusione, soprattutto se legate ad aspetti meramente formali, imponendo delle sanzioni di tipo pecuniario.

Nonostante le modifiche sempre più orientate a garantire la trasparenza nelle pubbliche commesse, il settore presenta tutt'oggi dei fattori di rischio. Le deroghe, i diritti esclusivi o riservati, il ricorso ad istituti difficilmente controllabili come il sub appalto e l'avvalimento, costituiscono elementi discriminatori che affievoliscono la concorrenza creando situazioni di privilegio, ma allo stesso tempo rappresentano fattori di rischio nella misura in cui accrescono lo spazio di discrezionalità del committente nella scelta degli operatori economici affidatari di commesse o servizi pubblici.

Giova rilevare che anche le tre direttive europee in materia di appalti e concessioni recepite con la legge n. 11/2016 cit. e successivi decreti

attuativi riflettono la consapevolezza del legislatore europeo circa la vulnerabilità alla corruzione del settore degli appalti.

È infatti da tempo che l'Unione Europea valuta con preoccupazione le dinamiche corruttive nel settore della contrattazione pubblica, interrogandosi su quali disposizioni possano prevenire le condotte che configurano anche ipotesi di reato, ai fini di tutela del fisiologico funzionamento del mercato interno. Così come è accaduto per il legislatore italiano con la l. n. 190/2012 cit., anche il legislatore europeo ha preso atto che la corruzione, da fenomeno sporadico ed esterno all'apparato amministrativo, riconducibile generalmente ad un singolo evento delittuoso, è divenuto in maniera crescente sintomo di '*maladministration*', tanto presente all'interno delle Amministrazioni Pubbliche da produrre un asservimento totale della funzione amministrativa agli interessi dei corrotti⁴¹.

Inserite nel contesto europeo, le direttive in via di recepimento si pongono nel solco tracciato a partire dall'adozione della «*Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea*», del 26 maggio 1997, e della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio (22 luglio 2003), relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, individuando specifiche disposizioni per la prevenzione della corruzione nelle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni.

Sempre nella stessa prospettiva si situano gli studi della Commissione europea indirizzati a contrastare la corruzione negli appalti. Si è, in quelle occasioni, osservato che «*A policy of more openness in public procurement*

⁴¹ C.E. Gallo, Legge anticorruzione e funzione amministrativa, in www.giustamm.it

also leads, of course, to many other, perhaps less obvious benefits. Fair, transparent and non-discriminatory award procedures, together with the possibility for suppliers to have recourse to national courts to assert their rights, limit the risks of fraud and corruption in administration»⁴². Ancora, si rilevò che le allora vigenti direttive erano indirizzate a stabilire dei nuovi criteri volti ad operare una selezione qualitativa «that any enterprise/supplier may be excluded from participation in the contract who has been convicted of an offence concerning his professional conduct by a judgement which has the force of res judicata; who has been guilty of grave professional misconduct proven by any means which the contracting authorities can justify»⁴³. Già in quelle occasioni la Commissione si propose di adottare «future initiatives [that] should focus on preventive measures with a view to reducing opportunities for corrupt behaviour by avoiding conflicts of interest and introducing systematic checks and controls. This was also the approach in the Commission's first Communication on corruption»⁴⁴. Più di recente si è rilevato che l'«UE dovrebbe inoltre concentrarsi maggiormente sulla corruzione in tutte le sue politiche rilevanti, sia interne che esterne. La Commissione proporrà quindi, in particolare, di elaborare norme aggiornate in materia di appalti»⁴⁵, dovendosi prendere atto che, «dall'analisi dei singoli Paesi risulta che il settore degli appalti pubblici è particolarmente esposto alla corruzione negli Stati membri, a causa delle insufficienze dei meccanismi

⁴² Libro Verde su Public Procurement in the European Union: Exploring the Way forward, COM (96) 583, 27 novembre 1996,

⁴³ Comunicazione su A Union policy against corruption, COM (97) 192, 21 maggio 1997

⁴⁴ Comunicazione On a Comprehensive EU polity against corruption, COM (2003) 317, 28 maggio 2003.

⁴⁵ Comunicazione su La lotta alla corruzione nell'UE, COM (2011) 308, 6 giugno 2011

di controllo e della gestione del rischio» e dovendo di conseguenza essere approfondita la valutazione dei rischi di corruzione, evidenziando le buone e le cattive pratiche nel settore degli appalti pubblici⁴⁶.

Primi passi sono stati compiuti quindi, sia a livello nazionale che a livello comunitario, nel tentativo non solo di regolamentare nuovamente la materia della contrattazione pubblica, già oggetto di numerosi interventi, ma anche di creare una politica di prevenzione uniforme in tutti gli Stati membri.

Ad ogni modo, numerose sono le perplessità e le problematiche riscontrabili nel sistema vigente. Si offrirà, di seguito, una ricostruzione dei principali fattori di rischio del settore degli appalti pubblici, a partire da problematiche di sistema, sino ad analizzare singoli istituti considerati maggiormente a rischio corruttivo.

a) La regolamentazione del settore degli appalti

Nella materia degli appalti, i riferimenti normativi sono numerosi, dettagliati e oggetto di continue modifiche ed interpretazioni giurisprudenziali, spesso eccessivamente creative e poco uniformi.

La causa prima che agevola pratiche distorsive è, dunque, la iper regolamentazione di base che, al di là delle buone intenzioni garantistiche, ha l'effetto di complicare le procedure selettive, rallentandone l'*iter*. Il risultato è l'incertezza circa la corretta ed uniforme applicazione delle norme: ogni disposizione, specie se di carattere formale, può essere letta in modo più o meno favorevole agli interessati e l'interpretazione può giocare un ruolo diverso e non obiettivo in funzione di eventuali concorrenti

⁴⁶ Relazione dell'Unione Europea sulla lotta alla corruzione, COM (2014) 38, 3 febbraio 2014, parte III.

favoriti. In altri termini, una tale regolamentazione contribuisce a creare una disciplina eccessivamente duttile alle pressioni provenienti da portatori di interessi personali.

Il codice dei contratti pubblici, in base alle intenzioni del legislatore delegante⁴⁷, avrebbe dovuto coordinare le disposizioni vigenti e semplificare le procedure di affidamento, al fine di favorire il contenimento dei tempi a la massima flessibilità degli strumenti giuridici. Viceversa, il testo che è venuto fuori conserva l'impronta mediativa dei vari interessi in gioco (che era una caratteristica della legge quadro dei lavori pubblici) e introduce una rigida predeterminazione delle fasi procedurali, con il risultato di allungare non poco i tempi delle procedure di aggiudicazione⁴⁸.

Tale scelta risulta evidente in relazione, ad esempio, al momento dell'aggiudicazione, che, da atto solenne che chiude la gara, si è evoluto in un atto plurifasico (aggiudicazione provvisoria, aggiudicazione definitiva ed aggiudicazione efficace), cui segue la stipula del contratto e la relativa approvazione.

Il procedimento di scelta del contraente richiede ora (art. 11 cod.), sette o otto fasi necessarie (monitoraggio a sorteggio, aggiudicazione provvisoria, definitiva ed efficace, verifica requisiti, contratto, approvazione, controllo), oltre ad ulteriori fasi eventuali relative al criterio di aggiudicazione prescelto (valutazione offerta economica più vantaggiosa, e verifica anomalia), ovvero una nuova aggiudicazione (in caso verifica negativa dei requisiti dell'aggiudicatario), nonché la

⁴⁷ art. 25 Legge delega n. 62/2005

⁴⁸ Viceversa, il procedimento di gara previsto nella precedente normativa sulla contabilità dello Stato si svolgeva in tre o quattro fasi (aggiudicazione, contratto, approvazione, controllo)

sospensione obbligatoria della stipula del contratto e quella eventuale in caso di presentazione di ricorso.

L'ottica garantista della scelta del miglior contraente sul mercato è stata interpretata dal legislatore in modo poco efficace, con il risultato di creare un sistema eccessivamente farraginoso e lungo, poco compatibile anche con l'esigenza di efficienza dell'agire amministrativo.

L'ipertrofia legislativa e l'eccessivo dettaglio genera altresì facili errori o omissioni procedurali, causando un enorme contenzioso.

La recentissima riforma del 2016 ha cercato di correggere questo aspetto, operando anche in funzione del riordino e della semplificazione legislativa (....).

b) Gli ampi margini di discrezionalità amministrativa e tecnico-valutativa

Un ruolo determinante, idoneo ad aprire spazi di accesso alla corruzione, è rappresentato dalla discrezionalità amministrativa⁴⁹ di cui è titolare la P.A. e dalla discrezionalità tecnico-amministrativa⁵⁰, la cui titolarità spetta invece alle commissioni di gara.

Nell'ambito della prima, bisogna considerare che la distorsione corruttiva si può realizzare in ogni momento in cui c'è qualcosa da decidere, apprezzare, certificare; a partire dalla decisione programmatica di

⁴⁹ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 462 ss; MORTATI, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941.

⁵⁰ Sul punto si veda F. LIGUORI, *Le valutazioni tecniche complesse dell'AGCM e il giudice amministrativo*, Napoli, 2013; P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2010; CINTIOLI, «Discrezionalità tecnica (dir. amm.)», in *Enc. dir.*, Annali II, 2

spesa, che può indirizzare le risorse finanziarie verso obiettivi determinati, a prescindere dall'opportunità degli stessi ai fini della tutela dell'interesse pubblico, alla determinazione a contrattare, al bando di gara, ecc. in definitiva, la discrezionalità amministrativa è immanente in tutti i momenti decisionali della procedura di gara a partire dalla definizione del programma, degli elementi essenziali del contratto, dei criteri di selezione, fino alla indicazione delle specifiche tecniche e dei requisiti di prequalificazione.

Viceversa, per quanto attiene alla discrezionalità tecnica, il rischio di patti illeciti risulta intrinseco e si esplica nel momento stesso in cui si procede alla scelta della offerta più vantaggiosa o all'accettazione delle giustificazioni della presunta anomalia, sono subprocedimenti caratterizzati da un elevato grado di discrezionalità tecnica.

Il vero problema dei contratti pubblici, infatti, è proprio la difficoltà di tracciare una precisa linea di demarcazione tra autonomia contrattuale e discrezionalità amministrativa, poiché è estremamente arduo considerare come fatto unitario un fenomeno negoziale complesso che pur nascendo da un momento pubblicistico (scelta amministrativa) è destinato ad operare come modulo privatistico una volta concluso il contratto.

Inoltre, quando l'autonomia contrattuale si combina con poteri discrezionali, alla posizione di pariteticità delle parti si sovrappone un principio di autorità che si proietta nella fase esecutiva alterandone l'equilibrio (potere direzionale, responsabile procedimento, *jus variandi*, potere revisionale, risoluzione d'ufficio).

Alcune fasi del procedimento, proprio perché connotate da un ampio margine di discrezionalità, si prestano particolarmente a creare occasione di scambi occulti. Si veda, ad esempio, il passaggio dall'aggiudicazione provvisoria a quella definitiva e il procedimento di verifica postuma dei

requisiti ai fini dell'efficacia dell'aggiudicazione: in tali contesti, l'estensione della verifica dei requisiti (da quelli di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa (art. 48) a quelli di carattere generale) è pienamente discrezionale ed è idonea a giustificare non solo la mancata approvazione degli atti, ma anche l'azione in sede di autotutela. In tale contesto, anche i continui mutamenti d'opinione della giurisprudenza contribuiscono a creare un quadro normativo incerto e permeabile a facili strumentalizzazioni a seconda dell'interesse, anche occulto, cui si dà preminenza.

Il problema dell'eccessiva discrezionalità di cui è titolare la stazione appaltante, in definitiva, assume un ruolo centrale ai fini della prevenzione di fenomeni corruttivi nel settore delle procedure ad evidenza pubblica, sebbene il legislatore non vi abbia dedicato la necessaria attenzione. In tal senso, alcun intervento è stato prospettato dal legislatore nelle riforme varate a partire dal 2012, né è stato previsto, a riguardo, alcun intervento dalla legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, che si è occupata di recepire le direttive comunitarie del 2014 in materia di appalti e concessioni.

c) L'elevato numero di stazioni appaltanti

Tra i fattori di rischio che caratterizzano il settore degli appalti pubblici vi è sicuramente l'elevato numero di stazioni appaltanti, che l'ANAC ha stimato in numero di circa 30.000. L'eccessivo numero di soggetti contraenti pesa sul sistema dei contratti pubblici per almeno tre ordini di ragioni.

In primo luogo, la frammentazione dei centri di potere causa un considerevole aumento dei costi complessivi di gestione del sistema. In secondo luogo, si assiste spesso a procedure poco corrette o viziate, anche

sotto il profilo meramente formale, a causa dell'incapacità professionale degli soggetti che operano presso le stazioni appaltanti di dimensioni minori. Sempre in relazione alle realtà territoriali di piccole dimensioni, l'eccessiva prossimità del centro di spesa (generalmente comunale) ai cittadini rende le procedure assai permeabili alle pratiche corruttive.

Da ultimo, bisogna rilevare che l'elevato numero di stazioni appaltanti rende molto difficile operare un serrato controllo e una stretta vigilanza sulle attività e sulle gare espletate.

Secondo i dati forniti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, il più alto numero di contratti di lavori e servizi, viene bandito dai Comuni (49,71% del totale), mentre per le forniture il primato è detenuto dalle Aziende del servizio sanitario nazionale (46,54% del totale).

Una soluzione adeguata a questo problema può essere individuata nell'implementazione del ruolo delle centrali uniche di committenza⁵¹, che si occupano di acquistare forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori e che predispongono per questi ultimi anche le procedure di gara e le aggiudicazioni. L'utilizzo di questa forma di accentramento nella gestione delle commesse è stata oggetto dell'attenzione del legislatore che già nel 2011⁵², aveva previsto tale obbligo per i Comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti ricadenti nel territorio di ciascuna Provincia.

⁵¹ Art. 3, comma 34, del D.lgs.n. 163/06. La centrale di committenza a livello nazionale è rappresentata da Consip s.p.a. La legge finanziaria 2007 ha poi previsto l'istituzione di centrali di committenza regionali che, unitamente a Consip s.p.a., costituiscono un "sistema a rete" per il perseguimento dei piani di razionalizzazione della spesa pubblica e per la realizzazione di sinergie nell'utilizzo di strumenti informatici per l'acquisto di beni e servizi (art. 1, comma 457, Legge n. 296/2006).

⁵² Il D.L. n. 201/2011 (come convertito con modificazioni dalla l. n. 214/2011) ha modificato l'art. 33 del D. Lgs. n. 163/2006, aggiungendovi il comma 3 bis.

Con interventi legislativi successivi⁵³, tale obbligo si estende a tutti i Comuni non capoluogo di Provincia.

d) Il ruolo delle SOA

Il vigente sistema di attestazione tecnico-organizzativa degli appaltatori è finalizzato a ridurre le asimmetrie informative tra operatori economici e stazioni appaltanti. Il legislatore ha affidato ad organismi specializzati tale compito, superando il tradizionale sistema basato sull'Albo nazionale costruttori⁵⁴.

Orbene, nonostante le intenzioni del legislatore, il sistema è piuttosto debole. Nello specifico, il punto di maggiore tensione e criticità del sistema di attestazione è la sua configurazione privatistica, imperniata su società profit che competono tra loro per guadagnare quote di mercato, ma la cui attività è volta all'esercizio di una pubblica funzione⁵⁵.

⁵³ Le ulteriori modifiche sono state apportate dal d.l. 66/2014 (conv. L. 89/2014) e dalla L. 114/2014 (di conversione del d.l. 90/2014)

⁵⁴ A. Maltoni, Il conferimento di potestà pubbliche ai privati, Torino, Giappichelli, 2005, 344-356.

⁵⁵ Sulla natura privatistica delle Soa si era espresso il Consiglio di Stato in sede consultiva, chiamato a pronunciarsi sullo schema di regolamento istituyente il sistema di qualificazione. L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, con propria determinazione del 27 luglio 2000, n. 41, ha invece preferito porre l'accento sul rilievo pubblicistico delle funzioni ad esse attribuite, da esercitarsi secondo i principi fondamentali che regolano l'attività amministrativa. Il secondo decreto correttivo (art. 3, lett. f), n. 1) ha modificato l'art. 40, comma 3, del Codice prevedendo che «le Soa nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici svolgono funzioni di natura pubblicistica» e che, in caso di certificazioni false, queste sono soggette alle norme del Codice penale in materia di falso materiale e falso ideologico commesso dal pubblico ufficiale in atto pubblico (artt. 476 e 479 c.p.). Sul punto, G. Ciaglia, La disciplina dei contratti pubblici tra innovazioni introdotte dal secondo decreto correttivo e (almeno parziali) conferme della Corte costituzionale. Le norme regolamentari in materia di Durc e Soa, in Uff. tec., n. 1, 2008, 72.

La Soa, infatti, è una società di capitali titolare di una potestà pubblica, ovvero l'attività di attestazione da espletarsi su autorizzazione revocabile dell'Autorità anticorruzione, e dei relativi controlli tecnici sull'organizzazione e sulla produzione delle imprese appaltatrici, nonché quelli sulla loro capacità operativa, economica e finanziaria. Un nodo ancora da sciogliere a tal proposito è rappresentato dalla mancanza di vincoli sulla composizione azionaria delle Soa: il conflitto di interessi che può ingenerarsi dalla possibilità che soci di una società operante nel settore dei lavori pubblici possano contemporaneamente essere soci di una Soa è potenzialmente foriero di distorsioni gestionali e rischi di corruzione.

Il legislatore è intervenuto parzialmente su quest'aspetto. Il secondo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici ha cercato di rafforzare il sistema delle Soa seguendo due direttrici principali: in primo luogo, è stato previsto il riconoscimento della loro natura pubblicistica, con conseguente applicazione delle sanzioni penali a carico dei pubblici funzionari nell'espletamento della loro funzione e degli effetti dell'azione di responsabilità davanti alla Corte dei conti; in secondo luogo, è stata potenziata l'attività dell'ANAC⁵⁶. Quest'ultima esercita, nel campo delle attività di attestazione, penetranti poteri di amministrazione attiva che possono prevenire i rischi di corruzione. L'Autorità, infatti, autorizza le Soa a svolgere la loro attività, può dichiarare la decadenza dell'autorizzazione, può segnalare alla competente autorità giudiziaria in caso di comportamento illecito a rilevanza penale da parte di una Soa, può accertare il contenuto della qualificazione e, può, inoltre, sospendere in via cautelare l'efficacia delle attestazioni, annullarle o revocarle in caso di

⁵⁶ Sul punto, C. Lacava, Il secondo correttivo al codice dei contratti pubblici, in *Gior. dir. amm.*, n. 12, 2007, 1263 ss.; G. Chiné, Il secondo correttivo al Codice dei contratti pubblici, in *Corr. mer.*, n. 10, 2007, 1199 ss.

inerzia della Soa rispetto ad un invito a provvedere atto ad accertare la reale sussistenza dei requisiti o in caso di dichiarazioni mendaci o produzione di falsa documentazione che risultino dal casellario informatico, sanzionare gli organismi di attestazione⁵⁷.

I documenti di attestazione e qualificazione che l'ANAC vaglia sono oggetto di una ulteriore e specifica forma di trasparenza. La banca dati dei certificati esecuzione lavori (Cel), informatizzata e centralizzata, è nata per contrastare il fenomeno dell'utilizzo di certificati falsi per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione e ha permesso di sostituire il Cel rilasciato in forma cartacea, con quello predisposto in via telematica, da redigere e trasmettere on line all'Autorità sulla base di modelli predefiniti. La banca dati permette di conoscere quali opere pubbliche sono in fase di esecuzione e quali criticità emergono dall'esecuzione⁵⁸.

~~Viceversa, i certificati relativi all'esecuzione delle prestazioni di servizi e forniture (Cep) non devono essere trasmessi all'Avcp e non confluiscono in un'unica banca dati elettronica, sebbene il settore dei servizi e delle forniture conosca, similmente a quello dei lavori, il fenomeno delle false certificazioni. Le regole predisposte in vista di una maggiore forma di trasparenza, utile strumento per prevenire la corruzione, non sembrano sufficienti a garantirla: non è chiara, infatti, la ragione alla base della differente disciplina dei Cel e dei Cep che è stata brevemente richiamata.~~

⁵⁷ Già l'Avcp aveva il potere di irrogare sanzioni pecuniarie graduabili a carico delle Soa inadempienti, a carico di imprese che si sono avvalse della qualificazione di un'altra impresa se non ne ricorrevano i presupposti o a carico di imprese che non dimostrino in sede di gara, qualora richiesto, i requisiti di partecipazione dichiarati prima della procedura.

⁵⁸ Categorie di lavorazione, stazioni appaltanti, ambito territoriale, subappaltatori, zone territoriali sensibili.

e) Il ricorso alle procedure ristrette

Il Codice, all'art. 54, indica nella procedura ristretta una modalità di scelta ordinaria del contraente⁵⁹. È proprio sulle procedure ristrette che possono addensarsi gli interessi dei corruttori, volti a ricercare la partecipazione alle gare pubbliche con il minor numero possibile di concorrenti e, spesso, previo accordo occulto con i pubblici funzionari. L'estensione applicativa della «trattativa privata» sembra essere in aumento: sono intervenute, negli ultimi anni, disposizioni di legge che consentono espressamente il ricorso a procedure ristrette. Uno degli esempi più recenti, che non ha mancato di generare problemi in ordine ai fenomeni corruttivi, è stato l'Ente Comitato di candidatura Expo-Milano 2015 che, in base alla legge 6 aprile 2007, n. 46, è stato autorizzato a derogare alle disposizioni di cui alla parte II, titolo II, del Codice dei contratti pubblici⁶⁰.

L'assenza di disposizioni sul procedimento e sulle modalità di individuazione del contraente possono favorire il ricorso incontrollato

⁵⁹ La c.d. «licitazione privata» per i lavori pubblici, disciplinata dalla legge Merloni, prevedeva che, a fronte di una richiesta da parte dell'operatore economico in possesso di tutti i requisiti richiesti, la stazione appaltante avesse l'obbligo di invitarlo a presentare un'offerta. Il Codice mantiene ferma questa impostazione (art. 55, comma 6). Due le eccezioni, in recepimento della procedura ristretta «comunitaria», già in vigore per servizi e forniture nei settori ordinari e per lavori, servizi e forniture nei settori speciali: l'obbligo di partecipazione non sussiste per l'affidamento di lavori di importo superiore ai 40 milioni di euro (art. 55, comma 6) e se si tratta di infrastrutture strategiche (art. 177). In questi due casi, secondo quanto introdotto dal secondo decreto correttivo, la stazione appaltante può ricorrere, solo per le procedure che prevedono la pubblicazione di un bando di gara, alla c.d. «forcella».

⁶⁰ Inoltre, ad esempio, la legge 24 dicembre 2007, n. 244, prevede che le cooperative ed i loro consorzi che operano prevalentemente in comuni montani e che si occupano, da loro statuto, di sistemazione e manutenzione agraria, forestale e del territorio, possono ricevere in affidamento diretto lavori riguardanti valorizzazione e manutenzione dell'ambiente, del paesaggio, di difesa del suolo, di bonifica, di produzione di fonti di calore alimentate da fonti rinnovabili di origine agricolo-forestale per un importo non superiore a 190 mila euro annui.

all'istituto: in linea generale, nella trattativa privata, a differenza di quanto si verifica per le altre procedure di scelta del contraente pubblico, aperte o ristrette, il legislatore non ha tipizzato alcun procedimento amministrativo né una particolare modalità di individuazione dell'affidatario: essa avviene quindi con caratteri per molti versi analoghi a quelli delle trattative intercorrenti tra privati⁶¹.

La sussistenza di condizioni di estrema urgenza improvvise, imprevedibili, non imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici, nonché lo svolgimento di un'analisi di mercato che accerti la necessità di ricorrere alla procedura ristretta rappresentano le principali occasioni di corruzione: le due circostanze, dichiarabili direttamente dalle stazioni appaltanti, non soggiacciono a controlli di sorta. L'unica tutela riservata ai concorrenti invitati potrebbe risiedere, in tal caso, nella richiesta di misure cautelari al giudice amministrativo. Ciononostante, l'assegnazione efficiente delle risorse pubbliche non può fondarsi unicamente su rimedi giurisdizionali: lo stesso quadro regolatorio deve proteggere i concorrenti da comportamenti opportunistici o illeciti da parte degli altri operatori economici, obbligando eventualmente le stazioni appaltanti a motivare il ricorso a procedure ristrette.

Non va certamente dimenticato che, in contesti ad elevata penetrazione criminale ed in condizioni di natura eccezionale, il ricorso alla specie della trattativa privata, associato ad alcune cautele procedurali come, ad esempio, l'affidamento della commissione di gara al Prefetto, può rappresentare un utile strumento per garantire trasparenza negli affidamenti e per scoraggiare le imprese colluse a presentare offerte.

⁶¹ In questo senso, cfr. M.A. Sandulli, A. Cancrini, I contratti pubblici, cit., 437 ss.

f) Il ricorso al subappalto e all'avvalimento

Il subappalto è un istituto centrale dei rapporti tra pubblica amministrazione ed imprenditori nel settore degli appalti pubblici, capace di far nascere, in capo all'aggiudicatario, la possibilità di distribuire subcontratti in maniera largamente discrezionale.

Nello specifico, un appaltatore in possesso dei requisiti di qualificazione richiesti dal bando o dalla normativa ed in regola con la disciplina antimafia, potrebbe permettere a soggetti terzi, non altrettanto qualificati, di essere gli esecutori materiali, in tutto od in parte, di opere finanziate con l'impiego di risorse pubbliche⁶². Come è stato rilevato dalla dottrina⁶³, il subappalto contempera alcune esigenze del diritto comunitario, quali la garanzia della libertà nell'utilizzo dell'istituto e la trasparenza dell'operazione, con altre riconducibili al diritto interno, volte ad evitare un uso distorto dell'istituto e a scongiurare fenomeni di corruzione o infiltrazioni mafiose. Viceversa, l'esigenza di consentire alla stazione appaltante una sufficiente discrezionalità nella valutazione della qualità dei subappaltatori è sentita tanto dal diritto comunitario quanto dal diritto interno⁶⁴.

⁶² Sul punto si veda F. Caringella, L. Tarantino, *Subappalto e normativa antimafia negli appalti pubblici*, Milano, Ipsoa - Urbanistica e appalti, 2001.

⁶³ R. De Nictolis, *Manuale degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, 2012, pag. 1078

⁶⁴ Sul punto si è espressa anche la Corte di Giustizia, con sentenza 17 settembre 2002, C-513/99. Come precisato dalla stessa Corte, in riferimento alle direttive 1992/50/CE e 1993/38/CE, i fattori che la stazione appaltante deve valutare ai fini dell'aggiudicazione possono non essere di mera natura economica: altri valori «non economici» possono incidere sul valore dell'offerta presentata in sede di gara.

La nozione di subappalto contenuta nel Codice⁶⁵, specie della più ampia figura del subaffidamento, è di natura sostanziale⁶⁶ ed ha applicazione generale: costituisce subappalto qualsiasi tipo di contratto di lavori, servizi, forniture, nei settori ordinari, speciali o per la realizzazione di infrastrutture strategiche, stipulato tra l'appaltatore ed un terzo per mezzo del quale alcune prestazioni appaltate sono eseguite da soggetti giuridici distinti dall'appaltatore stesso, con propria manodopera ed organizzazione⁶⁷.

Proprio in conseguenza di un'accezione di così ampia portata, il legislatore ha previsto anche in capo ai subappaltatori l'obbligo di rispettare le disposizioni antimafia a carattere preventivo. In questa prospettiva, ad titolo esemplificativo, l'art. 118, comma 2, n. 4, non consente l'affidamento in subappalto o in cottimo qualora sussista nei confronti del subappaltatore o dell'affidatario del cottimo, uno dei divieti⁶⁸ contenuti nell'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575⁶⁹. Tale divieto vale anche in relazione ai raggruppamenti temporanei di imprese e alle società

⁶⁵ Art. 118 d.lgs. n. 163/2006 cit.

⁶⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, 9 febbraio 2006, n. 518.

⁶⁷ In particolare, il Codice indica, all'art. 118, comma 11, che il subappalto è rappresentato da qualsiasi figura contrattuale che comprenda prestazioni, quali l'impiego di manodopera, che singolarmente costituiscano un importo superiore del due per cento rispetto alle prestazioni appaltate o di importo superiore a 100 mila euro qualora l'incidenza del costo della manodopera risulti superiore al cinquanta per cento dell'importo dell'intero contratto da affidare.

⁶⁸ I soggetti nei cui confronti è stata applicata, con provvedimento definitivo, una misura di prevenzione non possono ottenere concessioni di costruzione, concessioni di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione, iscrizioni negli albi appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione e nell'albo nazionale costruttori, hanno il divieto di concludere contratti di appalto, di cottimo fiduciario, di forniture di opere, beni o servizi riguardanti la pubblica amministrazione e relativi subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera.

⁶⁹ Così come sostituito dall'art. 3 della legge 19 marzo 1990, n. 55, ed integrato dalla legge 12 luglio 1991, n. 203 e dalla legge 7 agosto 1992, n. 356.

consortili, nelle ipotesi in cui le imprese riunite o consorziate non intendano eseguire direttamente le prestazioni scorporabili; alle associazioni in partecipazione, quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in subappalto; alle concessioni di opere pubbliche; agli affidamenti con procedura negoziata.

La disciplina del subappalto è stata oggetto di rilevanti modifiche, prevalentemente ad opera dei decreti correttivi⁷⁰ del Codice degli appalti. Con tali interventi normativi, il legislatore ha mostrato un *favor* nei confronti dell'appaltatore che esegue in proprio i lavori, ossia con propri mezzi e personale⁷¹ e pone una serie di limiti all'utilizzo dell'istituto, volti a renderlo trasparente. Il subappalto, infatti, deve essere autorizzato dalla stazione appaltante e soggiace a precisi limiti rispetto alle quote dei lavori subappaltabili o alle modalità con cui si possono subaffidare interi contratti. L'appaltatore deve infatti necessariamente eseguire in proprio almeno il settanta per cento della categoria prevalente dei lavori ed almeno il settanta per cento dei servizi e delle forniture, in relazione all'importo complessivo del contratto. L'offerente, in sede di gara, è tenuto ad indicare quali prestazioni intenderà subappaltare in modo che la stazione appaltante sia in grado di individuarle ma non è tenuto ad indicare, in sede di offerta, i nominativi dei subappaltatori.

Tuttavia, con il terzo decreto correttivo⁷², che ha abrogato il secondo periodo del comma 2 dell'art. 118 in seguito alla procedura di infrazione

⁷⁰ Si tratta del decreto legislativo 26 gennaio 2007, n. 6 (cd. I decreto correttivo), in G.U. 31 gennaio 2007, n. 25; decreto legislativo 31 luglio 2007, n. 113 (cd. II decreto correttivo), in G.U. 31 luglio 2007, n. 176; decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152 (cd. III decreto correttivo), in G.U. 2 ottobre 2008, n. 231.

⁷¹ L. Manzella, Il subappalto alla luce del d.lgs. 152/2008 c.d. «terzo decreto correttivo» al codice degli appalti, in App. contr., n. 3, 2009, 25-29.

⁷² Si vedano, in dottrina: M. Greco, A. Massari, Gli appalti dopo il terzo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici, Rimini, Maggioli, 2008, 9-15; R. De Nictolis,

avviata dalla Commissione europea contro l'Italia⁷³, ogni vincolo in relazione alle categorie subappaltabili è venuto meno, così come alcune garanzie di trasparenza. Infatti, i lavori che non rientrano nella categoria prevalente sono liberamente subappaltabili ed i lavori ad elevato contenuto tecnologico ed alto grado di complessità tecnica che superino il quindici per cento del totale dei lavori sono subappaltabili se gli affidatari non sono in grado di eseguirli e se sussistono evidenti ragioni di convenienza economica.

Come detto, l'art. 118 subordina l'autorizzazione del subappalto al rispetto di alcune condizioni, tra cui l'indicazione - prima da parte degli offerenti e poi da parte dell'appaltatore - dei lavori o delle parti dei lavori, servizi o forniture che si intendono subappaltare o concedere in cottimo, il deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima dell'effettivo inizio dell'esecuzione delle prestazioni subappaltate e la trasmissione della certificazione attestante che i subappaltatori posseggono i requisiti tecnici e quelli di ordine generale di cui all'art. 38 del Codice, la non sussistenza, a carico del subappaltatore o dell'affidatario del cottimo uno dei divieti di cui all'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575⁷⁴. Nonostante ciò, sebbene ricorrano tutte le

Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo al codice dei contratti pubblici, in Urb. app., 2008, 1225.

⁷³ Alla procedura di infrazione (n. 2007/2309 e nota di costituzione in mora inviata il 1° febbraio 2008 dalla Commissione europea alla Rappresentanza permanente dell'Italia presso l'Unione europea), si sono aggiunte una condanna da parte della Corte di Giustizia (15 maggio 2008, C-147/06 e C-148/06, relativamente all'esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti sotto soglia comunitaria), una sentenza della Corte di Giustizia (21 febbraio 2008, C-412/04) avverso alcune disposizioni della legge Merloni ed una lettera della Commissione europea (3 giugno 2008, n. 5455) che ha rilevato che talune disposizioni della legge Merloni, censurate dalla Corte di Giustizia, erano state riprodotte pedissequamente dal Codice dei contratti pubblici.

⁷⁴ *La norma reca "disposizioni contro la mafia" e all'art 10 stabilisce che "1. Le persone alle quali sia stata applicata con provvedimento definitivo una misura di prevenzione non possono ottenere:*

-
- a) licenze o autorizzazioni di polizia e di commercio;
- b) concessioni di acque pubbliche e diritti ad esse inerenti nonché concessioni di beni demaniali allorché siano richieste per l'esercizio di attività imprenditoriali;
- c) concessioni di costruzione, nonché di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione e concessioni di servizi pubblici;
- d) iscrizioni negli albi di appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione e nell'albo nazionale dei costruttori, nei registri della camera di commercio per l'esercizio del commercio all'ingrosso e nei registri di commissionari astatori presso i mercati annonari all'ingrosso;
- e) altre iscrizioni o provvedimenti a contenuto autorizzatorio, concessorio, o abilitativo per lo svolgimento di attività imprenditoriali, comunque denominati;
- f) contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali.

2. Il provvedimento definitivo di applicazione della misura di prevenzione determina la decadenza di diritto dalle licenze, autorizzazioni, concessioni, iscrizioni, abilitazioni ed erogazioni di cui al comma 1, nonché il divieto di concludere contratti di appalto, di cottimo fiduciario, di fornitura di opere, beni o servizi riguardanti la pubblica amministrazione e relativi subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera. Le licenze, le autorizzazioni e le concessioni sono ritirate e le iscrizioni sono cancellate a cura degli organi competenti.

3. Nel corso del procedimento di prevenzione, il tribunale, se sussistono motivi di particolare gravità, può disporre in via provvisoria i divieti di cui ai commi 1 e 2 e sospendere l'efficacia delle iscrizioni, delle erogazioni e degli altri provvedimenti ed atti di cui ai medesimi commi. Il provvedimento del tribunale può essere in qualunque momento revocato dal giudice procedente e perde efficacia se non è confermato con il decreto che applica la misura di prevenzione.

4. Il tribunale dispone che i divieti e le decadenze previsti dai commi 1 e 2 operino anche nei confronti di chiunque conviva con la persona sottoposta alla misura di prevenzione nonché nei confronti di imprese, associazioni, società e consorzi di cui la persona sottoposta a misura di prevenzione sia amministratore o determini in qualsiasi modo scelte e indirizzi. In tal caso i divieti sono efficaci per un periodo di cinque anni.

5. Per le licenze ed autorizzazioni di polizia, ad eccezione di quelle relative alle armi, munizioni ed esplosivi, e per gli altri provvedimenti di cui al comma 1 le decadenze e i divieti previsti dal presente articolo possono essere esclusi dal giudice nel caso in cui per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia.

5-bis. Salvo che si tratti di provvedimenti di rinnovo, attuativi o comunque conseguenti a provvedimenti già disposti, ovvero di contratti derivati da altri già stipulati dalla pubblica amministrazione, le licenze, le autorizzazioni, le concessioni, le erogazioni, le abilitazioni e le iscrizioni indicate nel comma 1 non possono essere rilasciate o consentite e la conclusione dei contratti o subcontratti indicati nel comma 2 non può essere consentita a favore di persone nei cui confronti è in corso il procedimento di prevenzione senza che sia data preventiva comunicazione al giudice competente, il quale può disporre, ricorrendone i presupposti, i divieti e le sospensioni previsti a norma del comma 3. A tal fine, i relativi procedimenti amministrativi restano sospesi fino a quando il giudice non provvede e, comunque, per un periodo non superiore a

condizioni sopra elencate, è la stazione appaltante che deve autorizzare il subappalto o il cottimo: il subappalto di opere non autorizzato si configura come reato⁷⁵.

Invero, uno dei principali punti deboli della disciplina è costituito dai tempi del sub-procedimento di autorizzazione del subappalto. Decorsi quarantacinque giorni dalla ricezione della richiesta di informazioni prefettizie o immediatamente, se ricorrono ragioni di urgenza, le stazioni appaltanti possono concedere il subcontratto sotto condizione risolutiva costituita dall'accertamento successivo delle cause ostative ex art. 10 della legge antimafia. L'art. 118, comma 8, del Codice consente alle stazioni appaltanti trenta giorni, eventualmente prorogabili di altri trenta, per rilasciare la necessaria autorizzazione al subappalto. Scaduto il termine, maturano le condizioni per il silenzio-assenso. Se il termine di trenta giorni non fosse prorogato, l'assenso della stazione appaltante maturerebbe prima della scadenza del termine previsto per la ricezione dell'informativa antimafia. Ovvero, la stazione appaltante autorizzerebbe il subappalto senza conoscere l'eventuale presenza di una delle cause ostative previste dalla vigente legislazione antimafia⁷⁶.

venti giorni dalla data in cui la pubblica amministrazione ha proceduto alla comunicazione.

5-ter. Le disposizioni dei commi 1, 2 e 4 si applicano anche nei confronti delle persone condannate con sentenza definitiva o, ancorché non definitiva, confermata in grado di appello, per uno dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale."

⁷⁵ Chi concede, anche di fatto, in subappalto o a cottimo le opere è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno e con un'ammenda il cui valore è compreso tra un terzo dell'opera concessa in subappalto o a cottimo ed un terzo dell'opera ricevuta in appalto. Il subappaltatore e dell'affidatario del cottimo sono puniti con l'arresto da sei mesi ad un anno e con un'ammenda il cui valore è pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo. È facoltà della stazione appaltante richiedere la risoluzione del contratto.

⁷⁶ Le linee tendenziali della **giurisprudenza** hanno tuttavia confermato la sussistenza della condizione risolutiva e della necessità di autorizzazione del subappalto da parte

Meritano menzione, infine, il difficile coordinamento tra le norme⁷⁷ in materia di avvalimento⁷⁸ e l'art. 118 del Codice ed il rischio di corruzione legato alle prime.

La facoltà di avvalimento, come anche il subappalto, costituisce un'eccezione al principio secondo cui l'operatore economico che partecipa ad un appalto deve possedere in proprio i requisiti rescritti dal bando e dal capitolato per la partecipazione alla gara, sin dal momento della presentazione dell'offerta.

Tale istituto, infatti, esprime la possibilità per un concorrente (ausiliato), privo dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*, di partecipare ad una procedura di evidenza pubblica avvalendosi dei requisiti di un'altra impresa (ausiliaria).

In tal senso, l'avvalimento assume una valenza derogatoria al principio della fiduciarità sottesa al contratto di appalto.

Quanto al primo punto, l'impresa ausiliaria potrebbe stipulare con la principale un contratto di affitto di azienda o di ramo d'azienda e, pertanto, non essere sottoposta alla disciplina del subappalto. Tuttavia, a prescindere

della stazione appaltante. Ciò detto, la soluzione generalmente accettata è quella che prevede, una volta scaduto il termine di trenta giorni non prorogato e, quindi, una volta maturato il silenzio-assenso, il decorrere di altri quindici giorni, utili per il recepimento dell'informativa antimafia, affinché l'esecuzione dei lavori possa essere avviata.

⁷⁷ Art 49 e 50 del Codice dei Contratti. In particolare, L'articolo 49 fornisce una disciplina dettagliata della documentazione occorrente per provare la necessità di ricorrere all'avvalimento, in recepimento della direttiva 18/2004 che, pur prevedendo la dimostrazione dell'effettiva disponibilità dei mezzi necessari, non pone alcuna restrizione in ordine ai mezzi di prova, limitandosi ad indicare, come esempio, la possibilità di una dichiarazione da parte dell'avvalso, spostando così sul legislatore nazionale l'onere di individuare la modalità di prova. I documenti elencati dalla norma devono essere allegati alla domanda di partecipazione a pena di esclusione.

⁷⁸ L'istituto dell'avvalimento consente a qualunque operatore economico, singolo o in raggruppamento, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti necessari per partecipare ad una procedura di gara, facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti e ciò indipendentemente dai legami sussistenti con questi ultimi.

da questa ipotesi, occorre chiedersi se i limiti⁷⁹ e la necessaria autorizzazione del subappalto da parte della stazione appaltante si applicano anche se il subappalto rientra nel rapporto di avvalimento. Una soluzione alla questione può essere approntata se si considera che, nel caso di avvalimento, impresa principale ed impresa ausiliaria sono solidalmente responsabili nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto. Viceversa, alcuna responsabilità solidale si configura nelle ipotesi di subappalto: l'impresa appaltatrice è l'unica responsabile verso la stazione appaltante e l'impresa subappaltatrice è responsabile solo ed esclusivamente nei confronti dell'appaltatrice. Pertanto, almeno sul piano della responsabilità, l'ipotesi di subappalto nell'ambito della figura dell'avvalimento appare di natura «speciale», ossia estranea all'ipotesi ordinaria prevista dall'art. 118 del Codice.

In merito al secondo punto, un operatore economico potrebbe cercare di «comprare», tramite uno scambio corruttivo, od ottenere illecitamente i requisiti di un'altra impresa⁸⁰ o, più semplicemente, diventarne subappaltatrice sfruttando le modifiche dell'art. 49 del Codice contenute nel primo decreto correttivo.

Quanto appena descritto determina almeno due conseguenze: la prima è che i limiti quantitativi previsti per il subappalto ex art. 118 vengono a

⁷⁹ In sintesi, è fatto divieto di subappaltare le prestazioni della categoria prevalente in misura superiore al trenta per cento del relativo importo, le opere oggetto di subappalto devono necessariamente essere individuate dal concorrente in sede di offerta, per le prestazioni oggetto di subappalto vanno applicati gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione con un ribasso massimo pari al venti per cento, l'esecuzione delle prestazioni subappaltate non può formare oggetto di ulteriore subappalto.

⁸⁰ L. Fiorentino, *Attività di impresa della criminalità organizzata e distorsioni della concorrenza*, cit., 12, a proposito dei legami tra concorrenza ed azione amministrativa e delle criticità del meccanismo dell'aggiudicazione competitiva.

cadere⁸¹; la seconda è che l'autorizzazione del subappalto, essendo doverosa, sottoposta a tutela penale e riferibile a qualsiasi istituto giuridico che permetta il subaffidamento, non viene meno.

In caso di corruzione, la soluzione appena descritta comporta la permanenza del potere di autorizzazione in capo all'amministrazione rispetto all'utilizzo del subappalto «speciale». Ne derivano una maggiore tutela in capo alla stazione appaltante ed un margine di controllo maggiormente esteso. Parimenti, l'utilizzo dell'istituto tende ad espandersi, poiché cadono i limiti quantitativi imposti alle prestazioni subappaltabili, così come diventano più evidenti tutti i rischi di corruzione descritti di cui si è detto.

In definitiva, le forme di intermediazione (oltre al subappalto e all'avvalimento, si possono citare le associazioni temporanee, i consorzi, la cooptazione e l'aggregazione di imprese), sebbene finalizzate a promuovere la collaborazione tra imprese per stimolare lo sviluppo e la specializzazione e ad agevolare le piccole e medie imprese per evitare posizioni dominanti di oligopolio, possono rappresentare un freno alla effettiva concorrenza ed essere manipolate a vantaggio di imprese dominanti, che elimina i potenziali concorrenti assicurando loro una porzione dell'appalto ma spesso a condizioni economiche non integrali.

g) La figura del general contractor

Un ulteriore punto di criticità, idoneo ad aprire spiragli a fenomeni corruttivi è rappresentato dalla normativa in materia di realizzazione delle

⁸¹ Se l'avvalimento, come previsto, configura la necessità che l'impresa ausiliaria divenga subappaltatrice nei limiti dei requisiti prestati e questi superino il trenta per cento dell'importo delle prestazioni della categoria prevalente, il limite dell'art. 118 non può essere invocato.

opere strategiche, di cui all'art. 173 del Codice. Ivi si prevede che la realizzazione di tali infrastrutture⁸² può essere operata in deroga al dettato di cui all'art. 53⁸³ e, dunque, che possa essere oggetto di «*concessione di costruzione e gestione*» o di «*affidamento unitario a contraente generale*».

Nelle intenzioni del legislatore, non vi è dubbio che tale deroga sia preordinata a rendere le procedure di progettazione, approvazione dei progetti e realizzazione delle opere più rapide di quelle ordinarie⁸⁴.

Nello specifico, il modello del contraente generale⁸⁵ (*general contractor*) è mutuato dal diritto comunitario e si applica esclusivamente alla realizzazione delle infrastrutture strategiche e al leasing finanziario di opere pubbliche⁸⁶. In tali ipotesi, l'aggiudicazione degli affidamenti non può che avvenire mediante procedura ristretta, a seguito della quale, il contraente generale aggiudicatario si obbliga a realizzare l'opera con piena discrezionalità di mezzi, rispettando le sole indicazioni «di scopo» predisposte dalla stazione appaltante.

⁸² Le infrastrutture di interesse nazionale sono individuate dall'art. 1 comma 1, l. 21 dicembre 2001, n. 443, cd. Legge obiettivo sulle grandi opere, recante la delega al governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici, il cui scopo era proprio introdurre, nei limiti del rispetto della normativa comunitaria, ipotesi derogatorie rispetto alla normativa vigente in materia di aggiudicazione e realizzazione di lavori pubblici.

⁸³ La norma stabilisce, al primo comma, che «*Fatti salvi i contratti di sponsorizzazione e i lavori eseguiti in economia, i lavori pubblici possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione, come definiti all'articolo 3*». In seguito, la norma regola il contenuto della determina a contrarre, il successivo svolgimento della gara, che deve essere effettuato sulla base di un progetto preliminare, nonché di un capitolato prestazionale, la presentazione delle offerte.

⁸⁴ R. De Nicolis, *Manuale degli appalti pubblici*, cit., p. 954

⁸⁵ Introdotto nella legislazione italiana con la citata legge 443/2001. 21 dicembre 2001, n. 443, cd. Legge Obiettivo, che stabilisce procedure e modalità di finanziamento per la realizzazione delle grandi infrastrutture strategiche in Italia.

⁸⁶ Come previsto dalla legge finanziaria per il 2007

Al contraente generale, così come al concessionario di lavori pubblici⁸⁷, è assegnata sostanziale autonomia nell'esecuzione dei lavori ad essi assegnati che gli permette di creare un vero e proprio mercato dei subaffidamenti e di gestire una rilevante rendita di posizione, suscettibile di scambi occulti. Il contraente generale può gestire l'esecuzione dell'opera, i subaffidamenti, le dovute attività collaterali e di progettazione, nonché le necessarie espropriazioni tramite delega in maniera libera, assoggettando i rapporti con i terzi a norme civilistiche, salvo il rispetto nella normativa antimafia per i lavori pubblici⁸⁸, in relazione, ad esempio, alla tracciabilità dei flussi finanziari⁸⁹ e delle risorse utilizzate dal contraente (ma non anche dai subaffidatari). Inoltre, oltre ad essere un appaltatore e a svolgerne pienamente il ruolo, il general contractor funge da amministrazione pubblica. Nella fase di esecuzione, infatti, il contraente generale non subisce i poteri ispettivi e di verifica di un ufficio di direzione dei lavori interno all'amministrazione. Gli effetti che ne derivano sono almeno due: in primo luogo, l'aumento della concentrazione del mercato, ossia il plausibile verificarsi del fenomeno delle cordate e dell'utilizzo frequente del collegamento tra servizi ed esecuzione dei lavori pubblici; in secondo luogo, l'aumento della possibilità delle infiltrazioni mafiose che possono esercitare pressioni corruttive non più sull'amministrazione appaltante, ma direttamente sull'affidatario.

⁸⁷ Ad entrambi i soggetti viene affidata la realizzazione di infrastrutture strategiche. La differenza tra le due figure si sostanzia nel possesso di specifici connotati di capacità organizzativa e tecnico-realizzativa che il general contractor deve possedere. Quest'ultimo, inoltre, a differenza del concessionario, è escluso dalla gestione dell'opera eseguita.

⁸⁸ Art. 176, comma 8, del Codice

⁸⁹ Tale obbligo è stato introdotto dalla legge 13 agosto 2010, n. 136.

Il Codice⁹⁰ è intervenuto per temperare l'elevato grado di discrezionalità affidato al contraente generale, disciplinandone il sistema di qualificazione, che risulta nettamente distinto da quello ordinario gestito dalle SOA. L'attestazione del possesso dei requisiti del *general contractor* è affidata direttamente al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. I requisiti richiesti sono più stringenti, in relazione al sistema di qualità aziendale, alla durata della validità dei requisiti (tre anni anziché cinque), all'avvalimento (escluso), alla partecipazione ad un'Ati⁹¹ (consentita se tutti i partecipanti sono qualificati come contraenti generali), alle garanzie globali di esecuzione di cui all'art. 129, comma 3, del Codice (da prestare obbligatoriamente), alla disciplina delle varianti (a carico del contraente generale se emendano i vizi del progetto d'opera o per integrarne il contenuto).

Secondo l'art. 176, comma 3, lett. e), il contraente generale è tenuto a stipulare appositi accordi con gli organi competenti in materia di sicurezza, prevenzione e repressione della criminalità, finalizzati alla verifica preventiva del programma di esecuzione dei lavori e al successivo monitoraggio di tutte le fasi di esecuzione delle opere e dei soggetti che le realizzano. Tali accordi vengono definiti dal Comitato interministeriale per la programmazione economica (Cipe) in base alle indicazioni del Casgo, insieme al Ministro della giustizia e al Ministro delle infrastrutture. Il Cipe delinea specifici «protocolli di legalità» che comportano l'impegno da parte dell'impresa aggiudicataria, che deve trasferire tale obbligo anche alle

⁹⁰ Artt. 186-193

⁹¹ La norma è disapplicata per contrasto con il diritto comunitario sotto il profilo della proporzionalità e della non discriminazione: le restrizioni in tema di ATI avrebbero escluso dalle gare i contraenti generali di minori dimensioni, che non avrebbero potuto associarsi ad altre imprese, anch'esse di piccole dimensioni. Sul punto, si veda: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 2 ottobre 2007, n. 9630

imprese interessate alla realizzazione dei lavori, di denunciare tentativi di influenze indebite. È effettuata una valutazione del comportamento dell'impresa aggiudicataria ai fini dell'ammissione ad eventuali future procedure ristrette in caso di mancata ottemperanza del suddetto obbligo. Inoltre, il Cipe definisce misure di monitoraggio⁹² per la prevenzione e repressione di tentativi di infiltrazione mafiosa includenti il controllo dei flussi finanziari legati alla realizzazione dei lavori, quello dei flussi finanziari connessi a risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori, indicando i soggetti sottoposti al controllo, le modalità attraverso le quali espletarlo, il valore-soglia delle transazioni finanziarie oggetto del controllo⁹³.

Tali precauzioni sono di certo utili a limitare la possibilità di accordi corruttivi, ma non sempre sono risultate sufficienti ad assicurare la corretta gestione del flusso di denaro necessario alla realizzazione delle opere strategiche. Da più parti si invoca una normativa che rimuova tale figura o ne riduca l'autonomia di gestione.

Da ultimo, la figura del contraente generale è stata interamente rivista a seguito del recepimento delle direttive comunitarie in materia di appalti e concessioni. Il Governo, in ottemperanza alla legge delega ha sancito il superamento della Legge Obiettivo e ha revisionato la figura in esame (...).

⁹² Il reperimento dei fondi destinati all'attività di monitoraggio è a carico del soggetto aggiudicatore che predispone, nel bando, un'aliquota forfettaria, non sottoposta a ribasso d'asta, ragguagliata all'importo complessivo dell'intervento, secondo valutazioni preliminari che il contraente generale è tenuto a recepire nell'offerta formulata in sede di gara. Con riferimento alle opere strategiche ex art. 180, gli oneri relativi alle procedure per il monitoraggio delle infrastrutture e degli insediamenti industriali al fine di prevenire e reprimere tentativi di infiltrazione mafiosa sono posti a carico dei fondi del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

⁹³ Art. 274, comma 1-bis

h) Le varianti in corso d'opera

Un ultimo fattore di rischio di notevole incidenza sul fenomeno corruttivo è il ricorso frequente alle varianti in corso di esecuzione. Il Codice⁹⁴ è chiaro nello stabilire, in linea di principio, la tassatività delle ipotesi in cui è possibile consentire all'appaltatore delle varianti in corso d'opera.

Tali varianti possono essere ammesse, sentito il progettista e il direttore dei lavori, esclusivamente qualora ricorrano le ipotesi di cui all'art.132, comma 1, lettere a-*ebis*). Il Codice prevede altresì che i titolari di incarichi di progettazione saranno responsabili per i danni subiti dalle stazioni appaltanti in conseguenza di errori o di omissioni della progettazione che pregiudicano in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera, ovvero la sua utilizzazione.

Invero, il rischio di corruzione è elevato, in relazione alle varianti, poiché il funzionario corrotto o il responsabile dei lavori possono certificare la necessità di una variante non supportata da verificabili ragioni di fatto: la diretta proporzionalità tra aumento di spesa da parte

⁹⁴ L'art. 132, al comma 1, stabilisce che “Le varianti in corso d'opera possono essere ammesse, sentito il progettista e il direttore dei lavori, esclusivamente qualora ricorra uno dei seguenti motivi: a) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari; b) per cause impreviste e imprevedibili accertate nei modi stabiliti dal regolamento, o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale; c) per la presenza di eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d'opera, o di rinvenimenti imprevisti o non prevedibili nella fase progettuale; d) nei casi previsti dall'articolo 1664, comma 2, del codice civile; e) per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione; in tal caso il responsabile del procedimento ne dà immediatamente comunicazione all'Osservatorio e al progettista; e-bis) nei casi di bonifica e/o messa in sicurezza di siti contaminati ai sensi della Parte quarta, Titolo V, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152”.

dell'amministrazione e prezzo dello scambio occulto rappresenta un indice del rischio.

Per quanto concerne le varianti c.d. «migliorative», ossia quelle varianti in aumento o in diminuzione che hanno lo scopo di migliorare la funzionalità dell'opera, escluse per l'appalto misto di progettazione ed esecuzione e disciplinate similmente per gli appalti di servizi e di forniture, sono ammesse solo se ricorrono circostanze sopravvenute ed imprevedibili che le rendono obiettivamente necessarie. La loro disciplina è, perlopiù, demandata al regolamento attuativo del Codice. Sono queste varianti che, se approvate, consentono o un aumento del prezzo della prestazione o un risparmio per l'appaltatore, il quale potrebbe accordarsi occultamente con il direttore dei lavori e con il responsabile unico del procedimento al fine di ottenere i vantaggi del caso.

Si può facilmente immaginare come le varianti, comportando l'aumento dell'importo da corrispondere all'appaltatore mediante l'utilizzo di somme già accantonate per imprevisti o generate dai ribassi ottenuti in sede di gara, possano prestarsi ad utilizzi occulti e al pagamento di tangenti. Per l'appunto, sia l'ANAC che la Corte dei conti sono concordi nel ritenere che l'uso smodato delle varianti copra parte della corruzione nel settore degli appalti pubblici: buona parte delle risorse che fanno lievitare i costi delle opere alimenta gli scambi occulti tra imprenditori, funzionari e politici.

Già nella Relazione annuale del 2009, la vecchia Avcp (oggi confluita nell'Anac) aveva fornito alcuni dati sugli scostamenti di costo a seguito di varianti in corso d'opera⁹⁵, in tendenza crescente rispetto al quinquennio precedente: lo scostamento medio, per ogni classe di importo, era stato di

⁹⁵ Escluse quelle disposte dal direttore dei lavori e di valore pari o inferiore al 5% dell'importo dell'affidamento.

circa il dodici per cento sul valore totale dell'affidamento, con un picco di circa il quattordici per cento per la classe con i valori compresi tra cinque e quindici milioni di euro.

In seguito, il legislatore è intervenuto al fine di operare un più stretto controllo su tale pratica. L'art. 37, d.l. n. 24 giugno 2014, n. 90 ha infatti introdotto l'obbligo di trasmissione all'ANAC delle varianti in corso d'opera dei contratti di lavori pubblici. Tale obbligo è indirizzato anche al general contractor.

L'utilizzo delle varianti in corso d'opera, come accennato, ha uno stretto legame con i ribassi in sede di svolgimento della gara. In particolare, l'adozione del criterio del massimo ribasso rispetto al prezzo a base d'asta può favorire le cordate. Tale pratica si verifica allorquando le imprese, in forza di un accordo preventivamente formulato al fine di favorirne una, abbandonano la gara o vi partecipano con il solo intento di far lievitare il prezzo rispetto a quello a base d'asta e permettere così all'impresa aggiudicataria di offrire il massimo ribasso possibile. Questa, in forza di un successivo accordo di natura corruttiva, può facilmente ottenere elevati margini di profitto grazie alla concessione di varianti ingiustificate.

CAPITOLO II

LE RIFORME DEGLI ANNI 2012-2016: LA NASCITA E IL RUOLO DELLA NUOVA A.N.AC. NEL SISTEMA DELLA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE

Sommario: 1. Corruzione ed appalti nell'evoluzione del quadro normativo: brevi cenni sul passaggio dal sistema repressivo al sistema di prevenzione. 2. L'impianto normativo e le principali novità introdotte dalla riforma anticorruzione del 2012 e dai decreti legislativi nn. 33 e 39 del 2013. 2.1. *segue*. Il ruolo centrale del principio di trasparenza nella prevenzione della corruzione. a) *Accessibilità totale e comprensibilità delle informazioni*; b) *la trasparenza nel settore degli appalti pubblici*. 3. Il d.l. 90/2014 e la nascita dell'ANAC. a) *il piano di riordino*; b) *le caratteristiche dell'ANAC*; c) *la composizione del Consiglio*. 4. I poteri dell'A.N.AC. in materia di anticorruzione e trasparenza. 5. I poteri in materia di prevenzione della corruzione negli appalti pubblici. 6. Anticorruzione e appalti: le indicazioni delle direttive europee recepite nel nuovo codice appalti: a) *anticorruzione e semplificazione normativa e procedimentale*; b) *anticorruzione e rafforzamento dei poteri dell'A.N.A.C.*; c) *anticorruzione e discrezionalità*; d) *anticorruzione e favor participationis: il nuovo ruolo del soccorso istruttorio*; e) *anticorruzione, subappalto e avvalimento*; f) *anticorruzione e l'istituto del general contractor*; g) *anticorruzione e centrali di committenza*.

1. Corruzione ed appalti nell'evoluzione del quadro normativo: brevi cenni sul passaggio dal sistema repressivo al sistema di prevenzione.

Gli ultimi anni, come si è già osservato, sono stati caratterizzati da un'intensa attività legislativa, che ha avuto un impatto rilevante e per certi versi radicale sull'organizzazione e sul funzionamento della pubblica amministrazione al fine di incrementarne l'efficienza, l'efficacia e l'economicità. Particolare attenzione è stata dedicata al settore degli appalti che, come si è visto, è un terreno permeabile a pratiche corruttive.

Il percorso di riforma ha avuto il difficile compito di conciliare logiche di efficacia a logiche di razionalizzazione e risparmio, dovute alle contingenze storiche. La creazione di un impianto di prevenzione della corruzione *ah hoc*, dotato di organismi competenti e funzionali al raggiungimento dell'obiettivo, ha trovato un ostacolo notevole nell'esigenza di operare non solo evitando di addossare maggiori uscite alla spesa pubblica, ma addirittura di ridurle.

Da qui, tra l'altro, deriva anche la difficoltà per tali organismi e istituzioni, di funzionare a pieno regime, attesa la quantità di funzioni che vi sono state attribuite.

In occasione delle riforme, l'Italia ha proceduto ad uniformare il proprio ordinamento giuridico alle indicazioni provenienti dai principali strumenti sovranazionali di contrasto alla corruzione ratificati dall'Italia⁹⁶.

⁹⁶ Tra tutte si ricorda la *United Nations Conventions Against Corruption* (UNCAC), il primo strumento internazionale delle Nazioni Unite per la lotta alla corruzione, approvato nel 2003 e ratificato in Italia con legge di autorizzazione alla ratifica 3 agosto 2009, n. 116 e la *Criminal Law Convention on corruption* firmata a Strasburgo nel 1999 e ratificata dall'Italia con legge di autorizzazione alla ratifica 28 giugno 2012, n. 110.

Sul fronte sovranazionale, infatti, in qualità di Stato aderente al GRECO – *Group of States Against Corruption* – l'Italia è stata sottoposta alla cd. *Procedura congiunta di primo e secondo ciclo di valutazione*, conclusasi con l'approvazione di un Rapporto e di talune Raccomandazioni indirizzate al nostro Paese, nell'ambito della 43esima assemblea plenaria tenutasi a Strasburgo il 2 luglio 2009.

In particolare, nel Rapporto veniva analizzata la situazione complessiva dell'Italia e le carenze cui dover far fronte. Nello specifico, l'Organo di controllo del Consiglio d'Europa rilevava che la diffusa percezione della corruzione quale fenomeno usuale e diffuso, che interessava gran parte dei settori pubblici, dall'urbanistica, allo smaltimento rifiuti, agli appalti pubblici.

Le raccomandazioni, viceversa, fornivano indicazioni sul percorso di riforma da seguire per contrastare il fenomeno corruttivo. Nello specifico, si evidenziava la necessità di predisporre un programma organico e mirato alla lotta alla corruzione, la necessità di perfezionare il coordinamento tra le varie istituzioni preposte a contrastare il fenomeno e l'esigenza di attuare misure efficaci che non solo mirassero alla repressione, ma che fossero funzionali a creare una barriera protettiva preventiva contro l'insorgenza di fenomeno di mal costume amministrativo. Le azioni repressive, sebbene necessarie e di sicuro dotate dell'efficacia derivante dall'effetto deterrente, non erano considerate sufficienti a combattere il fenomeno, essendo viceversa necessario predisporre delle misure preventive.

In particolare, la Commissione individuava una serie di debolezze normative in materia di corruzione della legislazione italiana. Si riscontrava, innanzitutto, una limitazione al diritto di accesso, nel fatto che la legge sul procedimento del 1990 prevedesse la necessità di motivarne la richiesta. La Commissione criticava inoltre la mancanza di una disciplina

normativa sull'integrità dei membri del Governo; sulla tutela degli informatori o dei denunciatori casi di corruzione; sulle sanzioni per le imprese; sulla incompatibilità dei condannati per corruzione di assumere cariche pubbliche.

Invero, i rilievi evidenziati dall'UE erano tutt'altro che infondati, atteso che le misure fino ad allora adottate dall'Italia in termini di prevenzione della corruzione erano sporadiche e piuttosto deboli, non idonee a garantire il perseguimento di una seria politica di prevenzione. Rilevava, in tal senso, anche l'assenza di un'Autorità nazionale anticorruzione.

Viceversa, a fronte dell'inefficacia dei controlli amministrativi e della indifferenza dell'apparato politico amministrativo, il compito di preservare la legalità, anche nel settore degli appalti pubblici, era stato attribuito in via esclusiva alla magistratura penale. Tale compito, tuttavia, è stato depotenziato da una tempistica processuale estremamente lunga, accompagnata da un regime delle prescrizioni basato su tempi ridotti, così da rendere poco temibile il processo penale, con conseguente rafforzamento della percezione di impunità del fenomeno e di incapacità dell'ordinamento e delle istituzioni a farvi fronte.

In tale contesto, si inserisce la riforma del sistema di prevenzione della corruzione, che ha accolto le indicazioni provenienti dall'Unione Europea e ha pedissequamente eseguito quanto richiesto, in un percorso di revisione dei propri istituti che non si può dire ancora del tutto compiuto.

Il settore degli appalti pubblici, ove tanto chiaramente emergevano problematiche legate al fenomeno corruttivo, è stato interessato da rilevanti novità, già a partire dalla già citata legge n. 190/2012, che ha predisposto un articolato sistema di soggetti preposti al controllo e alla vigilanza ed ha introdotto dei rigidi obblighi di pubblicità relativi a tutte le fasi della

contrattualistica pubblica. In seguito, il d.l. n. 90/2014 ha modificato, ampliato e rafforzato i poteri attribuiti alla precedente CIVIT, ora A.N.A.C., individuando in tale organismo il soggetto centrale attorno a cui ruota il sistema dell'anticorruzione.

Il quadro normativo si è ulteriormente arricchito con l'introduzione del nuovo codice degli appalti (d.lgs....), in vigore dal 18 aprile 2016, che ha abrogato e sostituito il d.lgs. n. 163/2006, semplificando la normativa ivi contenuta, sia nel numero che nella qualità delle disposizioni. Di tale ultima riforma si offrirà una prima e breve ricostruzione, nella parte che riguarda gli strumenti predisposti al fine di prevenire il rischio di corruzione negli affidamenti pubblici.

2. L'impianto normativo e le principali novità introdotte dalla riforma anticorruzione del 2012 e dai decreti legislativi nn. 33 e 39 del 2013.

La legge 6 novembre 2012, n. 190 è la prima legge organica contro la corruzione.

Le misure adottate da questo provvedimento muovono in diverse direzioni e possono distinguersi in:

1. misure in materia di reati penali, che hanno ampliato la portata punitiva degli artt. 318 e ss. c.p., facendovi rientrare anche fattispecie che la previgente disciplina escludeva. La riforma, dunque, è intervenuta anche sul fronte della repressione penale della corruzione.

2. misure ordinamentali e di organizzazione amministrativa, finalizzate a delineare un nuovo sistema di vigilanza e prevenzione in materia di corruzione, che faceva perno sul ruolo della CIVIT e del Dipartimento della funzione pubblica. Invero, sebbene si trattasse di organismi preesistenti, la riforma ne ha ridisegnato i contorni, attribuendo poteri nuovi e più incisivi. Le funzioni e i poteri di tali organismi sono stati in seguito⁹⁷ ampliati e trasferiti in capo alla nuova Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), di cui si parlerà più approfonditamente in seguito. Ma non solo, l'organizzazione delle amministrazioni è stata arricchita dall'introduzione di nuove figure, prima tra tutte, quella del Responsabile per la corruzione, che ciascuna amministrazione è tenuta ad individuare⁹⁸ tra i dirigenti amministrativi⁹⁹ di ruolo¹⁰⁰ di prima fascia. Tale figura è strettamente funzionale all'introduzione dei Piani di prevenzione della corruzione: le sue funzioni, infatti, sono rivolte principalmente a sostenere e guidare il processo di formulazione ed adozione del piano di prevenzione della corruzione e a verificarne l'attuazione. Il responsabile per la corruzione ha anche il compito promuovere corsi di formazione e

⁹⁷ Decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, conv. in legge 11 agosto 2014, n. 114.

⁹⁸ Secondo le indicazioni fornite dalla circolare del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione n.1/2013, la scelta dell'amministrazione deve ricadere su un dirigente che non sia stato destinatario di provvedimenti giudiziari di condanna, né di provvedimenti disciplinari e che abbia dato dimostrazione nel tempo di comportamento integerrimo. L'amministrazione, inoltre, secondo tali linee guida, deve tener conto dell'esistenza di situazioni di conflitto di interesse, evitando la designazione dei dirigenti responsabili di incarichi nell'ambito dei settori maggiormente esposti al rischio della corruzione, come l'ufficio contratti o quello preposto alla gestione del patrimonio.

⁹⁹ L'art. 1 comma 7, legge 190 cit. individua un criterio di preferenza per gli enti locali, che, salva diversa e motivata di terminazione devono individuare il responsabile nella figura del segretario comunale.

¹⁰⁰ Considerati i vincoli legali esistenti in materia di dotazioni organiche, infatti, l'incarico di responsabile della prevenzione si configura naturalmente come incarico aggiuntivo da attribuire ad un dirigente già titolare di incarico dirigenziale di livello generale; in caso contrario, l'amministrazione si troverebbe a sostenere una nuova spesa.

aggiornamento del personale, nonché il compito di verificare l'effettiva rotazione degli incarichi negli uffici preposti allo svolgimento delle attività nel cui ambito è più elevato il rischio che siano commessi reati di corruzione. A tali compiti è legato il regime della responsabilità.

3. misure riguardanti l'attività amministrativa, che si è arricchita di nuovi poteri-doveri finalizzati alla prevenzione del fenomeno corruttivo. La riforma ha infatti introdotto uno strumento di pianificazione a cascata, che si compone di un piano nazionale anticorruzione, adottato di concerto da CIVIT e Dipartimento della funzione pubblica, e di piani triennali attuativi predisposti dalle singole amministrazioni.

A livello statale, la formazione del Piano nazionale anticorruzione è oggi attribuita all'ANAC, che lo predispone e lo approva sulla base degli indirizzi forniti dal Comitato interministeriale per la prevenzione e il contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione. Il Piano ha lo scopo principale di individuare le linee guida per indirizzare le pubbliche amministrazioni nella predisposizione dei rispettivi piani triennali.

A livello decentrato, gli organi di indirizzo politico delle amministrazioni pubbliche, su impulso dei responsabili per la prevenzione della corruzione, adottano il Piano triennale per la prevenzione della corruzione e lo trasmettono all'autorità nazionale, che opera un vaglio in termini di adeguatezza ed efficacia delle misure ivi predisposte.

Tale pianificazione, infatti, deve contenere una puntuale valutazione delle possibili esposizioni dei propri uffici a fenomeni corruttivi, l'indicazione delle misure adottate per prevenirli e i tempi di attuazione delle stesse; infine, il piano deve delineare dei puntuali meccanismi di monitoraggio e controllo sull'intera attività espletata.

4. misure riguardanti il personale e la dirigenza, sottoposti ad un nuovo e più attento sistema di incompatibilità. La normativa, se da un lato vuole scongiurare il pericolo di conflitti di interesse nell'attribuzione di incarichi, dall'altro è attenta a tutelare le esigenze di contenimento della spesa pubblica e vuole quindi evitare la inutile duplicazione di incarichi.

In un unico testo normativo, dunque, vengono previste congiuntamente misure penali che modificano i reati di corruzione e concussione e misure di diritto amministrativo.

A seguito della legge n.190/2012, il governo ha poi adottato tre decreti legislativi attuativi: il d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, riguardante la spinosa questione dell'incandidabilità a cariche elettive, il decreto legislativo 24 marzo 2013, n. 33, specificamente dedicato alla trasparenza amministrativa, individuata quale primo e principale strumento preventivo contro fenomeni corruttivi, e il decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39 sulla ineleggibilità e incompatibilità a cariche amministrative per coloro che subiscono condanne, anche non definitive, per reati contro le amministrazioni pubbliche. Inoltre con d.p.r. n. 62/2013 è stato approvato il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici.

La novità principale della riforma sta nell'aver introdotto un sistema generale, organico e diversificato di misure di prevenzione, che coinvolge tutte le sfere dell'agire pubblico: dai principi generali a disposizioni specifiche dedicate ad alcune categorie di soggetti. Viceversa, come si è detto, prima del 2012 la corruzione era sanzionata quasi esclusivamente come reato nel Codice penale, ma non vi erano serie misure di contrasto per prevenire la corruzione nell'esercizio dell'attività amministrativa, né tantomeno era mai stato predisposto un apparato amministrativo *ad hoc*

In altri termini, la riforma ha operato un vero e proprio cambio di rotta riguardante le politiche messe in atto per contrastare il fenomeno corruttivo; con la legge n. 190/2012, infatti, si assiste ad una evoluzione degli strumenti giuridici di lotta alla corruzione, attraverso il netto passaggio da un modello basato essenzialmente sulla predisposizione di figure repressive di carattere penale, che sanzionano a posteriori le condotte corruttive, ad un assetto normativo che attraverso l'utilizzazione degli strumenti tipici del diritto amministrativo, volti a disincentivare, in *primis*, il malcostume politico e amministrativo nella gestione dei pubblici poteri.

Il primo passo compiuto in questa direzione è stato efficacemente individuato nella politica volta a rafforzare la pregnanza del principio di trasparenza, attuandolo attraverso gli strumenti della pubblicità - individuando in modo specifico i soggetti che ne sono responsabili e le conseguenze per il mancato adempimento a tali obblighi - e dell'accesso agli atti, che viene svincolato da qualsiasi interesse qualificato.

Ancora, la riforma ha contribuito a delineare una nuova fisionomia del fenomeno corruttivo, svincolata dalle figure di reato e riconducibile ad una nozione amministrativistica, più ampia e idonea a inglobare fattispecie di malcostume di vario genere.

La nozione amministrativistica di corruzione che si afferma con la legge n. 190 cit., infatti, è sicuramente diversa da quella penalistica, in quanto rinvia non solo a condotte penalmente rilevanti, ma anche a condotte che sono fonte di responsabilità di altro tipo o non espongono ad alcuna sanzione, ma possono ugualmente generare situazioni di illegittimità e sono considerate comunque con sfavore dall'ordinamento giuridico. In altri termini, i fatti di corruzione non costituiscono solo singoli episodi criminosi, né possono considerarsi il risultato del fallimento di politiche

settoriali, ma derivano spesso da tendenze comuni e disfunzioni frequenti, che richiedono interventi di carattere strutturale e generale.

Il legislatore ha preso atto del fatto che la corruzione, intesa in questa accezione così ampia, rappresenta un fenomeno multiforme che, al contempo, segue logiche e modelli che si ripetono. Pertanto, la sua prevenzione richiede una strategia articolata e duttile, che sia in grado di programmare l'elaborazione delle misure più adeguate e di attivare efficaci meccanismi di controllo. Il legislatore ha scelto di valorizzare questi aspetti, consapevole che lo svolgimento procedimenti decisionali trasparenti, o più nello specifico, di una corretta applicazione delle procedure di gara possono costituire già a monte una barriera a pratiche corruttive. Parallelamente, la riforma ha individuato un sistema sanzionatorio proporzionato al disvalore riconosciuto alle pratiche legate al malcostume amministrativo, qualora tali comportamenti non siano idonei a configurare ipotesi di reato. Sono stati predisposti, dunque, strumenti sanzionatori tipici del diritto amministrativo, dalle sanzioni disciplinari alla responsabilità erariale, che risultano parimenti dotati di efficacia dissuasiva, atteso che, sovente, colpiscono la sfera patrimoniale dei destinatari.

2.1. segue. Il ruolo centrale del principio di trasparenza nella prevenzione della corruzione.

a. Accessibilità totale e comprensibilità delle informazioni

La trasparenza dell'organizzazione dell'attività amministrativa rappresenta uno dei profili di maggiore rilevanza relativo agli strumenti di contrasto alla corruzione individuato dalle ultime leggi di riforma.

Tale principio era, invero, già conosciuto e consolidato, sia nella normativa nazionale che in quella comunitaria; tuttavia, la riforma ne connota significati nuovi e lo eleva a principio cardine dell'organizzazione amministrativa.

La trasparenza, che si realizza per lo più attraverso lo strumento della pubblicazione, diviene funzionale all'attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e, più in generale, è delineato come strumento di garanzia del principio democratico e a tutela delle libertà individuali e collettive.

APPROFONDISCI TRASPARENZA DOTT. E GIUR.

Di trasparenza si occupa non solo la riforma del 2012, ma anche - e più specificamente - il decreto legislativo n. 33/2013 che afferma testualmente (art. 1) che *“La trasparenza è intesa come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche”*.

L'ambito oggettivo di applicazione della disciplina in materia di trasparenza è di sicuro più ampio di quello fino ad allora conosciuto dall'ordinamento, avendo ad oggetto le informazioni concernenti sia l'organizzazione che l'attività delle pubbliche amministrazioni.

La centralità della disciplina in materia di trasparenza, nel complessivo assetto degli strumenti di prevenzione del fenomeno corruttivo, appare confermata dal disposto di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 33 cit. Ivi si prevede un ulteriore requisito delle informazioni, ovvero la loro comprensibilità.

Tale dato normativo avvalorza così la tesi, già da tempo formulata dalla dottrina¹⁰¹, secondo cui per assicurare il rispetto del principio di trasparenza è necessario assicurare, *in primis*, chiarezza, comprensibilità e non equivocità dell'agire, al fine di garantire l'affidamento dei cittadini.

Solo se vengono rispettate tali esigenze, il principio di trasparenza, nella duplice accezione di pubblicità e accesso, diventerà il mezzo più efficace per garantire il controllo diffuso sull'attività amministrativa.

Il requisito della comprensibilità delle informazioni permette al principio di trasparenza di assurgere a fondamento di un'amministrazione democratica, partecipata e condivisa, e permette di attribuire senso alla pubblicità e all'accesso, che altrimenti rimarrebbero privi di contenuto sostanziale.

Inoltre, il d.lgs. n. 33/2013 amplia in modo consistente la categoria degli atti soggetti ad obbligo di pubblicazione, facendovi rientrare anche gli atti di carattere normativo e amministrativo generale, gli atti di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, i componenti degli organi di indirizzo politico, i titolari di incarichi dirigenziali e di collaborazione o consulenza, la valutazione della performance e la distribuzione dei premi al personale.

Questa disposizione si aggiunge a quanto già previsto dall'articolo 1 comma 15 della l. 190 cit., che già aveva esteso gli obblighi di pubblicità i bilanci e conti consuntivi, nonché i costi unitari di realizzazione delle opere pubbliche e di produzione dei servizi erogati ai cittadini e le informazioni sulla situazione patrimoniale dei dirigenti.

La riforma collega agli obblighi di pubblicazione uno specifico regime di responsabilità in capo ai soggetti tenuti ad attuare il dettato normativo.

¹⁰¹R. Marrama, *la pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza*, in *diritto processuale amministrativo*, 1989, pag. 416

Infatti, la norma individua il soggetto responsabile dell'adempimento di tali obblighi di pubblicazione nella figura del Dirigente responsabile dell'anticorruzione, che deve essere individuato presso ogni amministrazione.

Se tale figura non adempie al disposto normativo, ne risponderà non solo in termini di responsabilità dirigenziale, ma anche in termini di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione. Inoltre, sotto il profilo più strettamente patrimoniale e, dunque, dotato di maggior forza deterrente, l'inadempimento agli obblighi di pubblicità costituisce elemento di valutazione ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale.

Un ulteriore elemento è posto dalla legge a garanzia dell'effettività della pubblicazione degli atti, con riguardo ai provvedimenti che concedono sovvenzioni, contributi economici, ausili finanziari e qualsiasi altra tipologia di vantaggio economico di importo superiore a €1000. Per questi atti, infatti, la pubblicazione costituisce condizione di efficacia. Tale disposizione appare particolarmente efficace ad assicurare l'adempimento degli obblighi di pubblicità poiché, colpendo l'efficacia dell'atto, sarà lo stesso destinatario del provvedimento vantaggioso avere interesse affinché venga rispettata la normativa in tema di trasparenza, per non minare l'efficacia dell'attribuzione di vantaggio in proprio favore.

La normativa sulla pubblicità degli atti di cui al d.lgs. n. 33/2013, è completata dalle disposizioni in materia di accesso civico, ove si consente a *chiunque*, indipendentemente dalla titolarità di una situazione giuridica soggettiva, di chiedere documenti informazioni dati di cui è stata omessa la pubblicazione.

La pervicace volontà del legislatore di ampliare l'efficacia del principio di trasparenza è stata accompagnata da un'interpretazione

particolarmente estensiva di tali norme, fornita dall'autorità nazionale anticorruzione. In particolare, è stato ampliato il novero dei soggetti tenuti ad adempiere a tali obblighi, rientrandovi non solo gli enti pubblici, ma anche da tutte le società a partecipazione pubblica, nonché le autorità amministrative indipendenti e gli organi di autogoverno delle magistrature.

b. La trasparenza nel settore degli appalti pubblici

La trasparenza è stata elevata a principio cardine della prevenzione e del contrasto dell'illegalità e dei fenomeni corruttivi anche nel settore degli appalti pubblici, ove il principio è stato esteso sia nell'ambito di applicazione, sia nelle modalità attuative.

Come si è già accennato, infatti, il corretto uso delle risorse pubbliche e il controllo sulla spesa e sugli investimenti, soprattutto in relazione al finanziamento delle grandi opere, diviene fondamentale in tempi di crisi economica. Tali esigenze vengono perseguite assicurando un complesso di misure di prevenzione sull'organizzazione e sulle attività relative ai contratti pubblici che vanno rese trasparenti, conoscibili e comparabili, anche facendo ricorso ai nuovi strumenti tecnologici che favoriscono una più agevole raccolta ed elaborazione dei dati riguardanti la contrattazione pubblica.

Nella materia degli appalti, in particolare, la trasparenza costituisce il presupposto dell'imparzialità e della non discriminazione, favorendo innanzitutto la partecipazione degli operatori economici alle procedure di selezione del contraente. La trasparenza in ordine alla volontà di stipulare un contratto pubblico, realizzata attraverso la pubblicità, assicura la concorrenza tra gli operatori economici interessati e la verifica della coerenza della scelta rispetto ai criteri dell'aggiudicazione e all'interesse

pubblico tutelato. Infatti, come si è anticipato, i procedimenti ad evidenza pubblica, l'elevato margine di discrezionalità comporta un facile sviamento verso l'illegalità, che può manifestarsi in ogni fase: dalla fase iniziale di definizione dei fabbisogni, alla fase di scelta del miglior contraente, fino alle modalità esecutive del contratto.

La rilevanza europea dei contratti pubblici e i numerosi interessi connessi hanno spinto nella direzione di creare nuovi strumenti, per evitare che il dilagare sempre maggiore del fenomeno corruttivo nel nostro Paese determini di fatto l'esclusione dell'Italia dai mercati internazionali, con conseguenti ripercussioni sulle capacità competitive e sulle possibilità di sviluppo sociale ed economico.

È per questi motivi che la normativa introdotta nel 2012 afferma il dovere delle amministrazioni di assicurare la trasparenza come livello essenziale delle prestazioni concernenti diritti sociali e civili¹⁰² attraverso strumenti tecnologici che garantiscano accessibilità, completezza e semplicità di consultazione¹⁰³.

Inoltre, prima della riforma del 2012, gli obblighi di trasparenza e pubblicità venivano assicurati nella fase di selezione del contraente, trascurando che solo una piena trasparenza anche in ordine alla fase di esecuzione del contratto può garantire la correttezza rispetto a quanto stabilito in sede di aggiudicazione e prevenire rischi di corruzione.

Il corretto esercizio dei criteri di selezione e la legittimità della procedura di evidenza pubblica devono essere pertanto valutati anche sulla

¹⁰² Art. 1 comma 6 lett. b) legge n. 190 cit.; art. 117 comma 2 lett. m) Cost., che attribuisce allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di “*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*”.

¹⁰³ Art. 1 comma 15, legge 190 cit.

base delle modalità di esecuzione del contratto, che deve risultare conforme a quanto stabilito in sede di aggiudicazione.

Eventuali modifiche sostanziali determinano vantaggi discriminatori in favore dell'aggiudicatario e una violazione del confronto concorrenziale realizzato in sede di gara: è il caso delle varianti in corso d'opera¹⁰⁴ che, qualora comportino variazioni essenziali oltre ad essere illegittime, possono essere strumento di illegalità e vengono pertanto sanzionate con la nullità, in quanto costituirebbero aggiudicazione di un nuovo e diverso contratto senza pubblicazione del bando¹⁰⁵.

Proprio per tali ragioni, le varianti in corso d'opera sono state sottoposte a più stringenti controlli, non solo in relazione alla tassatività delle ipotesi in cui è possibile farvi ricorso, ma anche imponendo degli obblighi di comunicazione all'A.N.AC., così che l'Autorità possa verificarne di volta in volta la legittimità.

Un'altra significativa innovazione operata dalla riforma, sempre in termini di trasparenza nella fase di esecuzione, è rappresentata dall'obbligo di pubblicazione delle somme liquidate all'aggiudicatario¹⁰⁶.

L'estensione dell'obbligo di trasparenza e gli strumenti che la attuano alla fase di esecuzione dei contratti pubblici costituisce un elemento di significativo cambiamento nel settore degli appalti, potendo tradursi, ancora una volta, in efficace strumento di prevenzione dell'illegalità.

¹⁰⁴ Art. 132 d.lgs. n. 163/2006 cit.

¹⁰⁵ In questo senso, il contributo decisivo è stato fornito dalle nuove direttive europee, che hanno quantificato la modificazione essenziale nella variazione superiore al 10% del valore iniziale del contratto per gli appalti pubblici di servizi e forniture e superiore al 15% per gli appalti di lavori. Invero, non sempre risulta agevole individuare tali modificazioni soprattutto quando il corrispettivo non cambia ma viene ricevuta una prestazione di minor valore.

¹⁰⁶ Art. 1 comma 32, che prevede anche la pubblicazione dei dati relativi alla struttura proponente, all'oggetto del bando, l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte, l'aggiudicatario, l'importo di aggiudicazione, i tempi di completamento dell'opera.

Infatti, a tale fase sono collegati numerosi rischi corruttivi difficili da circoscrivere, provare e sanzionare, come, ad esempio, l'accettazione di prestazioni contrattuali di minore valore e qualità di quanto stabilito in sede di aggiudicazione. Anche in questi casi, a ben vedere, si verifica una variazione in corso d'opera, che potrà essere più agevolmente rilevata qualora saranno gli stessi operatori di settore e concorrenti ad operare un controllo diffuso. La normativa ha dunque introdotto la verifica di conformità della prestazione a quanto offerto in sede di gara, la trasparenza dei pagamenti, la rotazione dei responsabili del procedimento ed ha introdotto un sistema volto ad evitare occasioni di segretezza tra aggiudicatario e responsabile del procedimento.

La legge 190 ha correttamente posto in luce la fase più oscura, quella relativa all'esecuzione. È proprio dal momento di chiusura della fase procedimentale, che vanno attivate tutte le forme organizzative di prevenzione per rendere trasparente anche questa fase e assicurare la qualità delle prestazioni con l'attuazione di ogni forma di monitoraggio e controllo anche esterno e diffuso, operato per lo più dagli stessi operatori del settore.

Un ulteriore intervento introdotto sempre allo scopo di dare migliore e più estesa attuazione al principio di trasparenza nel settore degli appalti è costituito dal riferimento ai protocolli di legalità, ai patti di integrità e, per estensione, ai documenti variamente definiti come codici di comportamento.

In particolare, i protocolli di legalità sono stati introdotti su indicazione del Ministero dell'Interno¹⁰⁷ per rafforzare gli obblighi di cooperazione tra amministrazioni pubbliche e le Prefetture riguardanti, ad

¹⁰⁷ Ministero dell'Interno, circolare 23 giugno 2010, recante *Controlli antimafia preventivi nelle attività a rischio di infiltrazione da parte delle organizzazioni criminali*.

esempio, la richiesta o la trasmissione di informazioni e documentazioni antimafia anche quando non è riscontrabile un preciso obbligo di legge. I protocolli definiscono non solo modalità di collaborazione che trascendono gli obblighi normativi, ma sono finalizzati anche a stabilire clausole da inserire nei contratti o nei documenti di gara per vincolare i partecipanti alle gare alla cooperazione alla legalità. Le stazioni appaltanti, attraverso tali strumenti, hanno la facoltà di inserire, tra le cause di esclusione, il mancato rispetto delle clausole contenute nei patti di integrità e nei protocolli di legalità¹⁰⁸, in parziale deroga al principio di tassatività¹⁰⁹ stabilito dal Codice.

Non vi è una predeterminazione normativa in ordine al contenuto di tali documenti che, pertanto, rappresentano un'opportunità per l'inserimento di nuove misure – che andranno a vincolare anche i concorrenti - che risultino via via necessarie o opportune per il contrasto dei fenomeni di illegalità, senza necessità di ricorrere all'approvazione di una legge *ad hoc*.

In generale, i codici di comportamento, grazie al richiamo legislativo disposto dalla normativa anticorruzione, si atteggianno come un efficace strumento finalizzato a dare attuazione al dettato costituzionale di cui all'art. 54 Cost., che impone ai soggetti cui sono affidate funzioni pubbliche il dovere di adempierle con disciplina ed onore.

Le previsioni dei codici di comportamento esplicitano tali obblighi e richiedono anche agli operatori economici privati che intendano divenire parte di contratti pubblici, di accettare in via contrattuale il rispetto di *standard* più elevati di legalità e correttezza, il cui rispetto sarebbe,

¹⁰⁸ Art. 1 comma 27 l. n. 190 cit.

¹⁰⁹ Secondo il disposto di cui all'art. 46 comma 1-bis, le clausole di esclusione sono tassative; le ulteriori cause di esclusione previste dal bando sono nulle.

viceversa, previsto per il solo aggiudicatario. In altri termini, gli operatori economici, attraverso la sottoscrizione, si impegnano a rispettare dei vincoli precontrattuali di correttezza nelle trattative; vincoli che saranno poi estesi alla fase di esecuzione in caso di aggiudicazione. Invero, il contenuto delle clausole può essere della più varia specie: dall'imposizione di denunciare comportamenti corruttivi e collusivi ad oneri di comunicazione dell'elenco delle imprese coinvolte nei piani di subappalto (oggi reso obbligatorio dal nuovo codice dei contratti, di cui si parlerà *infra*), all'accettazione di una clausola risolutiva espressa in caso di violazioni relative alle modalità di pagamento che assicurano la tracciabilità.

In tal senso, uno dei meriti della normativa del 2012 è di sicuro ascrivibile all'apertura verso le regole morali ed etiche che, da semplici accordi, arrivano ad avere riconoscimento e valenza legislativi.

L'obiettivo pare quello di anticipare la prevenzione attraverso meccanismi che consentano di intercettare i fenomeni di infiltrazione criminale nei contratti pubblici, attraverso una rete di monitoraggio che coinvolga e responsabilizzi gli stessi operatori concorrenti nell'ottica della collaborazione con gli organismi deputati alla prevenzione.

3. Il d.l. 90/2014 e la nascita dell'A.N.AC.

La riforma del 2014 nasce dall'esigenza di presidiare il settore degli appalti pubblici da condotte di corruzione, e si inserisce in un percorso per tappe in cui il legislatore italiano ha introdotto nuove misure ed ha centralizzato in un'unica autorità amministrativa, dotata di caratteristiche di indipendenza, l'attività di presidio dell'integrità della Pubblica Amministrazione, con poteri particolarmente incisivi anche in materia di appalti.

La costituzione dell'Autorità, come si è già detto, è stata operata in adempimento agli obblighi internazionali derivanti dalla sottoscrizione della Convenzione delle ONU contro la corruzione¹¹⁰ e dalla già richiamata Convenzione GRECO stipulata in seno al Consiglio d'Europa. La portata di questi obblighi pattizi è assai estesa: gli Stati parti contraenti sono infatti tenuti, conformemente ai principi fondamentali del proprio ordinamento giuridico, a elaborare, applicare e perseguire efficaci politiche di prevenzione; ad attuare e promuovere pratiche egualmente efficaci di prevenzione; a sottoporre il proprio sistema di prevenzione a valutazioni periodiche per valutarne, ancora una volta, l'efficacia e l'adequatezza; a cooperare reciprocamente e con le Organizzazioni internazionali competenti nel settore, anche partecipando a progetti internazionali in materia. Orbene, l'A.N.AC. è direttamente coinvolta in tutte queste attività — nel rispetto di ruolo, funzioni e competenze attribuite —, poiché le norme contenute nella pertinente disciplina fanno di essa l'istituzione principalmente responsabile in materia di prevenzione delle condotte di corruzione. Il decreto legge 24 giugno 2014. n. 90¹¹¹, in definitiva, pone le premesse per una svolta nell'organizzazione amministrativa della prevenzione della corruzione. nonostante l'ANAC nasca da organismi preesistenti, la riforma del 2014 che l'ha formalmente istituita rappresenta un momento di svolta, avendo conferito all'Autorità quei pieni poteri correlata alla necessaria autonomia, tanto da rendere tale organismo li vero fulcro del sistema anticorruptivo.

L'obiettivo del legislatore era garantire l'aumentare dell'efficienza e dell'efficacia degli interventi in materia di anticorruzione, facendo

¹¹⁰ Art. 6, co. 3

¹¹¹convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, ed intitolato “*misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*”

confluire nella nuova autorità anche le funzioni precedentemente attribuite all'AVCP, le competenze della CIVIT e talune funzioni prima attribuite al Dipartimento della funzione pubblica.

La riforma ha tracciato le linee direttrici di un nuovo impianto in tema di politica della prevenzione della corruzione e di trasparenza della Pubblica Amministrazione. Invero, già la l. 190 aveva superato il tradizionale approccio alla corruzione incentrato sulla repressione, ma non era riuscita nell'intento di superare le incertezze in ordine all'assetto organizzativo degli organismi deputati alla prevenzione del fenomeno corruttivo. La legge aveva infatti diviso le competenze tra la CIVIT e il Dipartimento della funzione pubblica, disegnando un assetto cd. bicefalo. Il sistema non si dimostrava del tutto efficace, atteso che le strutture avevano un assetto organizzativo differente, ma si trovavano ad operare sul medesimo terreno, fornendo risposte differenti e non sempre omogenee.

Tacendo tesoro di tale esperienza, la riforma ha operato nel senso di eliminare la distinzione fra l'organo destinato a concorrere all'elaborazione delle politiche anticorruzione a livello internazionale e quello chiamato a coordinarne l'attuazione sul piano nazionale ed ha unificato le determinazioni fondamentali, anche in termini di pianificazione, in capo ad un unico soggetto.

Allo stesso modo, la legge del 2014 ha sanato la frattura tra la funzione di elaborazione della strategia nazionale di prevenzione e coordinamento della sua attuazione e quella di controllo e vigilanza sull'effettiva applicazione ed efficacia delle misure adottate dalle amministrazioni.

Invero, l'ANAC non rappresenta la semplice sommatoria delle organizzazioni preesistenti, ma è un'istituzione nuova e diversa rispetto agli organismi in essa confluiti, le cui funzioni sono quelle che

originariamente le norme attribuivano all'AVCP, cui si aggiungono le competenze della CIVIT e delle funzioni del tutto nuove, individuate dal citato d.l. n. 90/2014.

L'occasione che ha dato impulso alla volontà del legislatore di riformare l'autorità anticorruzione è stata offerta da alcune indagini per fatti corruttivi giunte all'attenzione delle cronache per la rilevanza degli illeciti emersi. Come noto, infatti, attorno alla realizzazione delle grandi opere, tra cui, *in primis*, l'Expo di Milano 2015 e il MOSE di Venezia, è sorto un enorme contenzioso dai risvolti economici e politici importanti.

La nascita della nuova Autorità, a seguito delle inchieste della magistratura, ha permesso di focalizzare l'attenzione sulla mala gestione della cosa pubblica realizzata attraverso procedure di appalto illegittime. Da ultimo, infatti, il Presidente dell'ANAC si è occupato dell'analisi sugli affidamenti nella Capitale, consegnando alla Corte dei Conti una relazione ove evidenzia la sistematica e diffusa violazione delle norme e il ricorso costante e ingiustificato a procedure negoziate, aggiudicate in capo ad imprese e cooperative prive dei requisiti e proroghe ingiustificate.

Per fronteggiare la situazione di dilagante illegalità nella realizzazione di opere pubbliche di importanza strategica per la Nazione, il legislatore non ha ritenuto opportuno puntare, come già era avvenuto in passato sull'onda di fatti emergenziali, sul potenziamento dell'impianto repressivo penale, ma ha tentato di innestare, nel complessivo sistema istituzionale, alcune novità idonee ad esplicare i propri effetti sul lungo periodo, attraverso il rafforzamento dell'impianto preventivo anticorruzione.

La nuova Autorità è nata, quindi, con l'obiettivo, manifesto ed ambizioso, di costituire un presidio a tutela della legalità e della trasparenza.

Alla stessa è stata attribuita una missione istituzionale più ampia di quella pensata dal legislatore del 2012. Missione che può essere ora individuata nella prevenzione e nel contrasto alla corruzione in tutti gli ambiti dell'attività amministrativa, attraverso il controllo sull'applicazione della normativa anticorruzione, sul conferimento degli incarichi pubblici, sulla trasparenza e sull'affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici.

In definitiva, con la legge di conversione 11 agosto 2014, n. 114, si è intervenuti a raffinare il disegno di un'Autorità posta a generale e diffuso presidio dell'integrità della Pubblica Amministrazione, provvedendo a far confluire nell'A.N.AC. le risorse di persone e le competenze dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici: il legislatore nazionale ha, tra l'altro, posto in capo all'Autorità Nazionale Anticorruzione tutti i poteri necessari a contrastare in via preventiva il fenomeno della corruzione negli appalti pubblici, conferendo alla stessa un potere d'intervento più ampio e integrato per quanto concerne le funzioni finalizzate ad assicurare un'azione coordinata dell'attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione, attribuendo dunque a un unico soggetto tutti i compiti di vigilanza sulla correttezza delle procedure di affidamento delle opere pubbliche e di accertamento che dall'esecuzione dei contratti di appalto non derivi alcun pregiudizio per il pubblico erario.

a) Il piano di riordino

Nel decreto legge vi sono quattro disposizioni (19, 30, 32 e 37) che si riferiscono specificamente all'ANAC.

In particolare, l'art. 19 del decreto che prevede la soppressione dell'AVCP e il trasferimento dei poteri di quest'ultima in capo all'ANAC.

Tale trasformazione, per rendersi efficace, necessita, secondo la norma citata, della predisposizione di un piano di riordino strutturale, comprendente disposizioni relative alla razionalizzazione della spesa.

La prima risposta al dettato normativo, stante la complessità del lavoro di riorganizzazione, è giunta il giorno successivo all'entrata in vigore del decreto; con la pubblicazione di un atto descrittivo del *modus operandi* dell'Autorità, nelle more dell'approvazione del piano di riordino. La delibera (n. 102 del 26 giugno 2014) stabiliva che fino all'adozione di specifici atti organizzativi, l'Autorità avrebbe agito tenendo separate le gestioni delle precedenti Autorità.

L'art. 19 cit. conteneva delle indicazioni in ordine alle linee da seguire e agli obiettivi da raggiungere nell'opera di riorganizzazione e fusione delle due strutture. In particolare la norma prevedeva che il Piano doveva necessariamente definire: le modalità di trasferimento delle risorse umane, finanziarie e strumentali, necessarie per lo svolgimento delle funzioni cui l'Autorità è preposta, facendo confluire in un unico ruolo i dipendenti di ANAC e AVCP; la riduzione non inferiore al venti per cento del trattamento economico accessorio del personale dipendente, inclusi i dirigenti; la riduzione delle spese di funzionamento non inferiore al venti per cento.

Il piano, secondo la norma citata, doveva essere presentato al Presidente del Consiglio dei Ministri, a cura del Presidente della nuova autorità entro e non oltre il 31 dicembre 2014.

Nelle intenzioni del legislatore, dunque, la riorganizzazione strutturale e organizzativa dell'organismo, cui venivano affidate numerose funzioni prima sconosciute, doveva essere accompagnata da una significativa *spending review*, attraverso la creazione di un unico soggetto istituzionale

altamente strutturato e specializzato e, al contempo, dotato di competenze tecniche e organizzative idonee a raggiungere gli scopi istituzionali

A ben vedere, infatti, il piano non è chiamato a svolgere una mera funzione di “riordino” ma deve consentire la nascita di una nuova Autorità, operazione ben diversa e più complessa rispetto alla mera incorporazione dei due organismi preesistenti.

La complessità della riorganizzazione non è solo strutturale, ma anche e soprattutto funzionale, atteso che l’AVCP e l’ANAC erano titolari di poteri e compiti diversi e che la riforma ne ha aggiunti degli altri, relativi alla nuova funzione istituzionale di Autorità preposta alla lotta alla corruzione.

Il Piano, dunque, ha la funzione di delineare le complessive coordinate ordinamentali della nuova ANAC e non può essere considerato meramente ricognitivo delle disposizioni del passato; piuttosto è un provvedimento che si muove, in una logica di delegificazione, con una funzione parzialmente innovativa, che consente anche di ritenere abrogate le norme incompatibili con il nuovo assetto normativo. Il legislatore, infatti, nell’art. 19 comma 3, si limita a tracciare la cornice entro cui il Presidente dell’ANAC, in ottemperanza al potere monocratico riconosciutogli dalla stessa norma, dovrà concretamente operare.

L’analisi della struttura organizzativa della vecchia AVCP aveva messo in evidenza un’organizzazione molto gerarchizzata, con un numero di dirigenti eccessivo rispetto alle funzioni istituzionali e al numero complessivo di personale. L’AVCP risultava così una struttura inefficiente, che andava riformata anche in termini di contenimento della spesa.

Nel Piano, infatti, si delineano le caratteristiche e le funzioni della nuova Autorità che, nello specifico, è preposta a:

- delineare, integrando e innovando competenze e funzioni, un nuovo modello di *governance* e di organizzazione costruendo una rinnovata identità istituzionale, la cui azione è improntata ai parametri dell'efficienza e dell'efficacie, sia nella regolazione che nella vigilanza;
- ridurre le spese di funzionamento “*con atti di ingegneria organizzativa*”, evitando tagli lineari, poco funzionali al cambiamento, ed apportando, viceversa, una riorganizzazione strutturale con semplificazione delle mansioni ed eliminazione di sprechi e duplicazione di incarichi;
- definire il nuovo ordinamento del personale e la dotazione, passando per una sperimentazione organizzativa, coinvolgendo nelle scelte il personale medesimo e le organizzazioni sindacali, al fine di testare il modello e conoscere il fabbisogno concreto di professionalità e competenze necessarie per realizzare la missione istituzionale;

Le azioni poste in essere, in tal senso, hanno avuto una funzione propedeutica all'individuazione di un nuovo ordinamento del personale con una dotazione organica *ad hoc*.

Il piano è stato definitivamente approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1° febbraio 2016¹¹².

b) I principali caratteri della nuova ANAC

L'art. 22 del d.l. 90/2014, inserisce espressamente l'ANAC nel novero delle autorità indipendenti.

¹¹² In realtà, il comma 4 dell'art. 19 prevedeva un termine di 60 giorni per l'approvazione del Piano da parte del Consiglio dei Ministri.

La caratteristica dell'indipendenza dall'esecutivo costituisce, infatti, un presupposto essenziale della natura e del corretto funzionamento dell'Autorità e dello stesso modello anti-corruzione. L'indipendenza va riscontrata in tutti i profili che interessano il funzionamento dell'organo e le finalità cui esso è preposto: le modalità di selezione dei componenti, i soggetti titolati alla nomina, l'esclusione di fattori condizionanti la durata in carica prevista per legge, l'attribuzione di adeguate risorse per lo svolgimento dei compiti.

Il disposto normativo, sebbene non provveda in via diretta a regolamentare struttura e organizzazione della nuova Autorità, è parimenti di primaria importanza perché, assimilandola testualmente alle autorità amministrative indipendenti, fornisce una chiara volontà di indirizzo.

L'indipendenza, infatti, svincola l'Autorità dal perseguimento e dall'attuazione di uno stretto indirizzo politico-governativo, permettendole parallelamente di intervenire con autorevolezza anche nell'indirizzare lo stesso lavoro legislativo nell'attuazione di politiche di prevenzione prive di colore politico e finalizzate a rendere il sistema innovativo ed efficiente.

Tale caratteristica è correlata da una fitta struttura che regola le modalità di raccordo e coordinamento con tutte le istituzioni e le pubbliche amministrazioni coinvolte nella lotta al fenomeno corruttivo.

L'autorità può infatti suggerire misure efficaci o valutare la qualità delle misure adottate in concreto dagli organi di governo, lavora di concerto con la Corte dei Conti in relazione ai procedimenti giudiziari per danno erariale ed è in costante collegamento con le singole amministrazioni, attraverso la figura del Responsabile dell'anticorruzione.

le funzioni attribuite all'Autorità sono diverse.

In primo luogo, l'Autorità al pari delle altre autorità indipendenti conosciute dall'ordinamento italiano, è titolare di un potere di regolazione,

sia a monte degli interventi legislativi che al momento della loro attuazione. L'ANAC, infatti, è chiamata ad integrare il disposto normativo attraverso la predisposizione di atti a contenuto essenzialmente regolatorio, che facilitano e forniscono dei parametri omogenei per assicurare l'efficacia e la corretta attuazione dello stesso disposto normativo.

Detta funzione, infatti, non è volta ad aggiungere ulteriori regole, ma a fornire, attraverso l'introduzione di regole flessibili, proporzionate e adattabili ai diversi contesti amministrativi, un contributo attivo all'intero sistema amministrativo, sempre nell'ottica di delineare soluzioni effettive ed efficaci per contrastare il fenomeno corruttivo.

In secondo luogo, l'A.N.AC., inoltre, è chiamata a svolgere compiti di vigilanza, particolarmente stringenti nel settore degli appalti pubblici, che mirano alla predisposizione di interventi tempestivi e preventivi. A tale scopo sono preposti anche i poteri monocratici affidati al Presidente, che rappresentano la più importante novità nell'ambito delle autorità indipendenti.

All'A.N.AC. vengono attribuiti poteri di intervento che mirano, *in primis*, ad accertare l'esistenza di situazioni potenzialmente a rischio, al fine di dare tempestivamente ordini su atti e provvedimenti da assumere per contrastare specifiche situazioni di illegalità.

Il potere di intervento viene esercitato a seguito di segnalazioni e notizie provenienti dalle amministrazioni o dai singoli dipendenti. Il comma 5, infatti, prevede un obbligo in capo alle amministrazioni e agli avvocati di Stato di segnalare gli illeciti rilevati e qualsiasi violazione di disposizioni di legge o di regolamento o altre anomalie o irregolarità relative ai contratti pubblici.

La riforma, dunque, si è prefissa l'ambizioso obiettivo di imprimere una nuova visione della funzione di vigilanza, potenziando l'attività di

controllo, anche in senso preventivo, e ciò per rispondere in maniera sempre più efficace alle domande di maggiore trasparenza e di contrasto alla corruzione nel sistema di affidamento delle commesse pubbliche e nell'azione amministrativa in generale.

Infine, l'ANAC viene dotata di poteri sanzionatori autonomi, da considerarsi, però, come *extrema* ed *ultima ratio* nell'utilizzazione dei diversi strumenti di cui essa dispone. Il citato comma 5, infatti, prevede che, qualora l'Autorità riceva segnalazione in ordine alla commissione di illeciti, applica una sanzione amministrativa “*non inferiore nel minimo a euro 1.000 e non superiore nel massimo a euro 10.000, nel caso in cui il soggetto obbligato ometta l'adozione dei piani triennali di prevenzione della corruzione, dei programmi triennali di trasparenza o dei codici di comportamento*”, salvo che il fatto costituisca reato.

In definitiva, il modello predisposto dal d.l. 90 vede l'elaborazione di un'Autorità che fa da perno del sistema nazionale di prevenzione della corruzione e che è dotata di un ventaglio di funzioni che vanno dalla promozione e diffusione della cultura e della legalità – laddove, in coerenza con quanto disposto dalla legge 190/2012 cit., il rispetto pieno e diffuso degli obblighi di trasparenza è il primo valido strumento di prevenzione e di lotta alla corruzione, fino alla predisposizione di un sistema sanzionatorio *ad hoc*.

Inoltre, il pieno riconoscimento del ruolo di Autorità nazionale anticorruzione rende oggi l'ANAC in grado di collaborare e interloquire con tutte le organizzazioni internazionali di lotta alla corruzione e con le relative autorità che, attraverso l'elaborazione di soluzioni organizzative diversificate, si occupano di prevenzione della corruzione in altri Paesi.

In via generale, si può affermare che con il d.l. n. 90 l'ANAC trova nell'ordinamento una posizione più chiara, perché essa diviene l'Autorità

nazionale cui tutto il Paese può guardare come soggetto titolare in proprio di funzioni decisive per prevenire la corruzione, nell'esercizio di funzioni che in gran parte sono concentrate nell'Autorità.

Dunque, tenendo conto della necessità di riunire in un unico soggetto tutti i compiti di vigilanza sulla correttezza delle procedure di affidamento delle opere pubbliche e di accertamento che dall'esecuzione dei contratti di appalto non derivi alcun pregiudizio per il pubblico erario, il legislatore pone in capo alla nuova Autorità nazionale anticorruzione tutti i poteri necessari a contrastare in via preventiva il grave fenomeno della corruzione, con particolare riferimento ai lavori pubblici, conferendo alla stessa un potere di intervento più ampio e integrato per quanto concerne le funzioni finalizzate ad assicurare un'azione coordinata dell'attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione.

c) La composizione e l'indipendenza

4. I poteri dell'A.N.AC. in materia di anticorruzione e trasparenza

Il d.l. n. 90 cit. attribuisce all'ANAC, tra l'altro, il compito di *“favorire la cultura della trasparenza e prevenire fenomeni di corruzione”*.

In particolare, l'articolo 19, comma 15, trasferisce all'autorità le funzioni di cui era titolare il Dipartimento della funzione pubblica in materia di trasparenza.

In particolare, la norma rinvia all'art. 1, commi 4, 5 e 8 della legge n. 190 cit. Ivi è previsto che (comma 4) spetta alla nuova Autorità, sulla base delle linee di indirizzo adottate dal Comitato interministeriale, coordinare l'attuazione delle strategie di prevenzione e contrasto della corruzione e

dell'illegalità nella pubblica amministrazione elaborate a livello nazionale e internazionale; promuovere e definire norme e metodologie comuni per la prevenzione della corruzione, coerenti con gli indirizzi, i programmi e i progetti internazionali; predisporre il Piano nazionale anticorruzione; definire modelli *standard* delle informazioni e dei dati occorrenti per il conseguimento degli obiettivi previsti dalla presente legge, secondo modalità che consentano la loro gestione ed analisi informatizzata; definire criteri per assicurare la rotazione dei dirigenti nei settori particolarmente esposti alla corruzione e misure per evitare sovrapposizioni di funzioni e cumuli di incarichi nominativi in capo ai dirigenti pubblici, anche esterni.

Ancora, il comma 5 attribuisce all'ANAC il compito di valutare l'efficacia dei piani di prevenzione della corruzione elaborati dalle amministrazioni centrali e elaborare, con le stesse, le procedure di selezione e formazione dei dipendenti che operano in settori esposti alla corruzione, prevedendo altresì un meccanismo di rotazione.

Ancora, l'art. 19 comma 15, sempre in relazione al compito di promuovere la trasparenza e la legalità, attribuisce all'ANAC i poteri di cui all'art. 48 del d.lgs. 33/2013. Ivi si prevede che l'Autorità “*definisce criteri, modelli e schemi standard per l'organizzazione, la codificazione e la rappresentazione dei documenti, delle informazioni e dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente, nonché relativamente all'organizzazione della sezione Amministrazione trasparente*”. In sostanza, l'Autorità è chiamata a assicurare il coordinamento informativo e informatico dei dati, per la soddisfazione delle esigenze di uniformità delle modalità di codifica e di rappresentazione delle informazioni e dei dati pubblici, della loro confrontabilità e della loro successiva rielaborazione; ed a definire, anche per specifici settori e tipologie di dati, i requisiti di qualità delle informazioni diffuse,

individuando, in particolare, i necessari adeguamenti da parte di singole amministrazioni con propri regolamenti, le procedure di validazione, i controlli anche sostitutivi, le competenze professionali richieste per la gestione delle informazioni diffuse attraverso i siti istituzionali, nonché i meccanismi di garanzia e correzione attivabili su richiesta di chiunque vi abbia interesse¹¹³. Le linee così individuate sono poi adottate con decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentiti il Garante per la protezione dei dati personali, la Conferenza Unificata, l'Agenzia Italia Digitale e l'ISTAT.

Tali strumenti sono funzionali a rendere effettiva la partecipazione dei cittadini ai processi decisionali. L'accessibilità si configura, da un lato, come obbligo posto in capo alle amministrazioni, oggetto di vigilanza da parte dell'ANAC, e dall'altro, come pieno diritto riconosciuto ai cittadini, nell'ottica della democrazia partecipata. A ben vedere, si tratta dell'aspirazione, piuttosto risalente¹¹⁴, di rendere l'amministrazione come una "casa dalle mura di vetro", aperta e collaborativa in cui le istituzioni forniscono le informazioni cittadini a prescindere dal loro interesse giuridicamente rilevante.

Il legislatore crea un forte nesso di correlazione tra obblighi di pubblicità e lotta alla corruzione: la trasparenza consente di verificare se la fiducia che i cittadini hanno riposto nei propri rappresentanti sia stata ben riposta, per ribadire quella relazione fiduciaria o, in caso contrario, revocarla al momento delle elezioni.

Si assiste dunque ad un vero e proprio salto di qualità del principio di trasparenza, chiamato a svolgere un compito ancor più penetrante e delicato, non solo di conoscenza ai fini della partecipazione, ma di controllo sociale diffuso da parte di cittadini su chi esercita pubbliche

¹¹³ Cfr. art. 48 comma 4 d.lgs. 33/2013 cit.

¹¹⁴ contenuto già nel rapporto Giannini del 1975

funzioni, sui risultati raggiunti e sull'impiego delle risorse umane ed economiche.

È per questo che il diritto alla trasparenza costituisce, ai sensi dell'articolo 1 comma 2 del decreto legislativo 33, una declinazione dell'articolo 117 comma 2 lett. *m*), integrando l'individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai fini della trasparenza prevenzione e del contrasto alla corruzione e della cattiva amministrazione. La trasparenza assume contorni di un nuovo diritto di cittadinanza: l'accessibilità totale e gli *open data* costituiscono la moderna frontiera della democrazia partecipativa in cui cittadini interagiscono in maniera consapevole con le istituzioni.

La completezza, il costante aggiornamento, la semplicità di consultazione e la già richiamata comprensibilità costituiscono indici sintomatici del livello di qualità della circolazione delle informazioni. L'esigenza di chiarezza dell'azione dei pubblici poteri realizza il principio di sicurezza giuridica, richiedendo un agire delle pubbliche amministrazioni secondo i canoni della razionalità e della univocità. È per tali ragioni che la corte costituzionale ha affermato che "l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce un corollario dello stato di diritto".

In tal modo il principio di trasparenza riesce a configurarsi come fattore di deterrenza rispetto alla commissione di fatti corruttivi, perchè induce l'amministrazione a porre in essere comportamenti legittimi finalizzati al buon andamento e all'imparzialità. La trasparenza diviene un'opportunità per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e delle vicende di mala amministrazione.

Allo scopo di rendere più agevole la missione istituzionale di contrasto e di lotta alla corruzione, l'articolo 19 comma 5 del decreto legge

numero 90 affidato all'ANAC il compito di ricevere segnalazioni da parte del pubblico dipendente in ordine alla commissione di fatti illeciti conosciuti in ragione del proprio rapporto di lavoro. Così, con la creazione dell'istituto del whistleblower, l'Autorità diviene un canale privilegiato in grado di garantire la riservatezza dell'identità del segnalante mettendolo al riparo da misure discriminatorie che l'amministrazione di appartenenza potrebbe adottare nei suoi confronti. Il legislatore attraverso la sintesi di trasparenza e riservatezza mira a facilitare lo svolgimento dell'attività di vigilanza da parte dell'autorità, finalizzata all'accertamento di condotte illecite e degli autori delle stesse.

5. I poteri in materia di prevenzione della corruzione negli appalti pubblici

L'attribuzione di nuovi poteri all'Autorità Nazionale Anticorruzione mira, dunque, a rafforzare gli strumenti predisposti dall'ordinamento giuridico per garantire la trasparenza e l'efficienza dell'azione amministrativa e contrastare il fenomeno della corruzione negli appalti pubblici.

Nello specifico, con riguardo al settore degli appalti pubblici, sul piano delle competenze e funzioni, l'art. 19 del d.l. n. 90/2014 prevede il trasferimento all'ANAC dei poteri di vigilanza propri dell'AVCP, come definiti dall'art. 6, co. 7, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Si tratta, in particolare, di poteri di vigilanza sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare vigente e sui contratti di lavori, servizi e forniture; di segnalazione al Governo e al Parlamento di fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa; di formulazione di proposte al Governo; di predisposizione

della relazione annuale alle Camere; di svolgimento di accertamenti ispettivi, di irrogazione di sanzioni pecuniarie ed interdittive.

Essa sovrintende, inoltre, all'attività dell'Osservatorio dei contratti pubblici e svolge una fondamentale funzione di precontenzioso, consistente nell'esprimere pareri sulle procedure di gara su richiesta delle stazioni appaltanti o di uno o più concorrenti.

Un'altra misura introdotta dal d.l. n. 90/2014 è quella consistente nell'obbligo di segnalare all'ANAC le varianti in corso d'opera per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, e precisamente quelle previste dall'art. 132, co. 1, lettere b), c) e d) del Codice degli appalti.

In presenza di varianti di questo genere, è previsto un obbligo di comunicazione delle stesse da parte delle stazioni appaltanti all'ANAC, congiuntamente al progetto esecutivo, agli atti di validazione e ad un'apposita relazione del Responsabile Unico del Procedimento entro trenta giorni dalla loro approvazione.

Sempre nell'ottica di prevenire la corruzione, il decreto ha reso obbligatorie le "*white list*" presso le prefetture. Si tratta di elenchi di imprese che certificano l'assenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa negli appalti e che devono essere consultate da parte delle stazioni appaltanti per le verifiche in tal senso. Tuttavia, l'obbligatorietà colpisce i soli settori ritenuti più a rischio come, ad esempio, trasporti, noleggio o forniture di calcestruzzo e, anche in questo caso, esiste il rischio di determinare un appesantimento burocratico delle procedure di aggiudicazione degli appalti.

Infine, il d.l. n. 90/2014 attribuisce all'ANAC, come già innanzi anticipato, i seguenti compiti, che si inseriscono nel potere di vigilanza e si aggiungono a quelli "ereditati", nel medesimo settore, dall'AVCP:

- ricevere notizie e segnalazione di illeciti, anche nelle forme di cui all'art. 54 bis del d.lgs. n. 165/2001;
- ricevere notizie e segnalazioni da ciascun avvocato dello Stato il quale, nell'esercizio delle funzioni di tutela legale dei diritti e degli interessi dello Stato, venga a conoscenza di violazioni di disposizioni di legge o di regolamento o di altre anomalie o irregolarità relative ai contratti che rientrano nella disciplina del codice di cui al d.lgs. 12.4.2006, n. 163. Per gli avvocati dello Stato segnalanti resta fermo l'obbligo di denuncia di cui all'art. 331 c.p.p.;
- applicare sanzioni amministrative, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, non inferiori nel minimo a euro 1.000 e non superiori nel massimo a euro 10.000, nel caso in cui il soggetto obbligato ometta l'adozione dei piani triennali di prevenzione della corruzione, dei programmi triennali di trasparenza o dei codici di comportamento.

L'attribuzione di poteri in materia di contrasto della corruzione è una novità assoluta rispetto al quadro delle competenze dell'AVCP e rappresenta una risposta alle critiche che da tempo venivano rivolte all'organismo indipendente in merito alla carenza di poteri di tipo inibitorio, capaci di incidere direttamente sugli appalti pubblici nel caso di scoperta di condotte illecite da parte degli operatori.

In passato, infatti, l'AVCP, qualora avesse accertato la sussistenza di condotte illecite, poteva unicamente denunciare le eventuali irregolarità riscontrate agli organi amministrativi e giurisdizionali competenti.

Con l'introduzione della nuova Autorità e l'unificazione delle strutture, è mutata la prospettiva dalla quale guardare al controllo in

funzione di prevenzione delle condotte di corruzione: non si intende più perseguire una logica di tipo formale, sugli esatti adempimenti posti in essere nell'ambito di gare e concessioni¹¹⁵; l'obiettivo è, viceversa, quello di individuare — appunto in funzione preventiva — indici di anomalia negli appalti, così da consentire all'A.N.AC. di determinare linee generali di indirizzo sul piano della regolazione.

6. Anticorruzione e appalti: le indicazioni delle direttive europee recepite nel nuovo codice appalti

Il quadro normativo sin qui delineato verrà ben presto arricchito dall'entrata in vigore del cd. Nuovo codice appalti, recante il recepimento delle direttive comunitarie del 2014 in materia di appalti e concessioni.

L'iniziativa legislativa ha previsto:

- a) una proposta di direttiva sugli appalti pubblici (cd. settori ordinari);
- b) una proposta di direttiva sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia e dei trasporti e di servizi postali (cd. Settorispeciali);
- c) una proposta di direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

La redazione delle tre direttive ha seguito il criterio dell'omogeneità sostanziale e, per quanto possibile, della disciplina che, invero, riscontra molte disposizioni uguali o analoghe, non solo tra le due nuove direttive appalti dei settori ordinari e speciali, ma anche per quella delle concessioni.

¹¹⁵ Di primaria importanza, in questo senso, è stata l'introduzione dell'istituto del soccorso istruttorio di cui all'art. 38 comma 2-bis, che permette ai concorrenti di regolarizzare eventuali incompletezze circa la documentazione attestante i requisiti di partecipazione, anche in un momento successivo alla presentazione delle offerte. Viceversa, prima del 2014, a fronte di irregolarità anche meramente formali era prevista l'automatica esclusione dalla gara.

Le riforme si introducono nell'ambito della strategia Europa 2020, ove si legge che gli appalti pubblici sono a servizio delle politiche dell'Unione europea, sono perno e strumento non degli investimenti pubblici e privati in infrastrutture e servizi strategici, ma sono anche strumento di promozione dell'innovazione,

dell'accesso al mercato delle PMI, la tutela ambientale e la responsabilità sociale. Tutto ciò è stato reso dal legislatore attraverso l'espressione di «crescita sostenibile, intelligente e inclusiva». Sostenibile, cioè volta alla promozione di un'economia efficiente sotto il profilo delle risorse, più rispettosa dell'ambiente e più competitiva; intelligente, cioè basata sulla conoscenza e sull'innovazione; inclusiva, cioè finalizzata a creare le condizioni per aumentare il tasso di occupazione e favorire la coesione sociale e territoriale.

In tale ottica, il recepimento costituirà una preziosa opportunità per l'Italia, di riformare la disciplina vigente intervenendo sui punti di criticità evidenziati nel cap. I e ampliando il ruolo di vigilanza in materia di trasparenza in materia di contratti pubblici affidato all'Autorità nazionale anticorruzione.

Con legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 il legislatore ha avviato la procedura di recepimento, che dovrà concludersi entro il 18 aprile 2016. Il Governo ha presentato il progetto di riforma, in un unico decreto legislativo articolato in 219 articoli, che contiene una profonda rivisitazione della disciplina contenuta nel d.lgs. n. 136 del 2006. La riforma costituisce una occasione decisiva per portare a compimento l'ampio progetto legislativo cui si è dato avvio nel 2012, non solo per il rilancio dello sviluppo economico del Paese e per la prevenzione della corruzione, ma anche per la modernizzazione del sistema amministrativo italiano.

Si tratta di tentare di rilanciare un settore vitale per l'economia, correggendo un sistema normativo che si è rivelato troppo complesso e farraginoso, caratterizzato da un formalismo spesso paralizzante e per questa ragione capace, alla fine, non di assicurare l'efficienza ma di incrementare la possibilità di addivenire ad accordi ed affidamenti illegittimi.

Le nuove direttive in materia di contratti pubblici costituiscono una leva decisiva per stimolare la crescita del mercato attraverso lo strumento giuridico, e cioè attraverso la revisione e l'ammodernamento del quadro normativo in materia di contratti pubblici. Dietro le direttive, infatti, si coglie un obiettivo ad un tempo più generale e più ambizioso: quello, cioè, di perfezionare il mercato unico nel convincimento che crescita ed occupazione si sviluppino in mercati sani e ben collegati, in cui concorrenza ed accessibilità possano stimolare l'attività imprenditoriale e l'innovazione.

Se si guarda a quelle che sono le più rilevanti critiche formulate nei confronti del vigente codice dei contratti pubblici, del suo funzionamento, delle sue conseguenze sui mercati e sull'etica pubblica, è possibile comprendere che quella del recepimento delle nuove direttive europee in materia di contratti pubblici non costituisce soltanto una partita di settore, ma una vera e propria partita di sistema, che riguarda l'intero universo delle amministrazioni pubbliche.

Come si è detto, infatti, la crisi e le contraddizioni che contrassegnano la domanda e l'offerta in materia di contratti pubblici, e nel complesso le vicende che le riguardano, costituiscono una sorta di epifenomeno di una crisi più radicale, che riguarda l'intero sistema amministrativo. I problemi più rilevanti che il legislatore delegato si trova ad affrontare nell'opera di recepimento delle nuove direttive riguardano infatti alcune questioni più

generali, attinenti all'etica pubblica e alla gestione della spesa che si manifestano nel settore dei contratti pubblici, ma non si esauriscono in esso.

Lo scopo dalle nuove direttive è quello di colmare la distanza tra il sistema della negoziazione pubblica ed il mondo delle imprese, al fine di garantire un mercato più efficiente e la realizzazione di opere di qualità nel minor tempo, con la massima trasparenza possibile. Si comprende, allora, come le linee guida della nuova disciplina siano in via generale, quelle della semplificazione, della riduzione dei formalismi e dell'incremento della flessibilità nella scelta del contraente, del rilancio della discrezionalità e responsabilità delle stazioni appaltanti: profili, tutti, che si pongono obiettivamente in controtendenza rispetto agli indirizzi della disciplina nazionale.

Una delle novità di maggiore rilievo è sicuramente quella relativa alla disciplina del conflitto d'interesse.

invero, la direttiva già conteneva delle indicazioni in tal senso, sebbene, prevedendo il contenuto minimo della definizione del conflitto di interessi. Secondo la normativa europea, infatti, il concetto di conflitto d'interesse deve ricomprendere almeno i casi in cui il personale di un'amministrazione aggiudicatrice o di un prestatore di servizi che per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti o può influenzare il

risultato di tale procedura ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto.

La normativa disponeva altresì che nei casi in cui il conflitto d'interessi non può essere risolto efficacemente con altre misure meno

intrusive, la stazione appaltante sarà tenuta ad escludere l'operatore dalla gara.

Il legislatore della riforma ha quindi dedicato l'articolo 42 del d.lgs. approvato al conflitto di interesse ed ha che si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione.

a) Anticorruzione e semplificazione normativa e procedimentale.

Come evidenziato nel I capitolo, una delle principali cause che favoriscono la diffusione di fenomeni corruttivi negli appalti è data dalla iper regolamentazione del settore, soggetto a continue e non sempre univoche innovazioni legislative. L'incertezza di base genera poi delle problematiche anche in termini di interpretazione giurisprudenziale che, proponendo orientamenti ermeneutici diversificati sulla corretta applicazione degli istituti, disorienta ancor più gli operatori del settore.

Orbene, in tale contesto, il decreto legislativo opera un riordino della materia, attraverso l'adozione di un unico testo normativo denominato «Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione», che sostituisce il vigente Codice dei contratti pubblici.

La semplificazione opera non solo a livello legislativo, ma anche e soprattutto a livello procedimentale.

Nell'ottica della semplificazione e dello snellimento delle procedure di aggiudicazione si pongono alcuni importanti nuovi istituti e la revisione di altri già esistenti.

Ci si riferisce, innanzitutto, al nuovo impulso dato alle comunicazioni elettroniche, espressione di una forte volontà del legislatore di creare un sistema tendenzialmente basato sulla massima semplificazione, sull'immediatezza, sulla sicurezza e sulla standardizzazione dei processi comunicativo-informativi, che involga anche la presentazione delle offerte e delle domande di partecipazione. Ne deriva un quadro in seno al quale l'utilizzo di mezzi elettronici costituisce la regola, cui fanno eccezione casi specificamente disciplinati.

In tale quadro si inserisce, altresì, l'utilizzo dei cataloghi elettronici in tutte le procedure disponibili ove sia richiesto l'uso di mezzi di comunicazione elettronici, ciò che consente un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica, soprattutto in termini di risparmi di tempo e denaro. Il recepimento di tali disposizioni, necessita di una forte opera di sensibilizzazione delle diverse stazioni appaltanti e degli operatori, anche attraverso l'adozione di misure graduali volte a favorire ed incentivare il processo di informatizzazione, già in atto, per quanto riguarda la verifica dei requisiti, attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP) di cui all'art. 6-bis del Codice.

Il ruolo di quest'ultima acquista un'indubbia rilevanza strategica anche nel contesto comunitario, soprattutto se si ha riguardo alle previsioni concernenti il sistema elettronico e-Certis, il cui scopo è agevolare lo scambio di certificati e altri documenti probatori, spesso richiesti dalle amministrazioni aggiudicatrici dei diversi Stati membri.

In tale contesto normativo la spinta verso l'informatizzazione delle procedure di gare e lo scambio di documentazioni e certificazioni

rappresenta il fulcro di una leva particolarmente vantaggiosa per la rimozione del peso burocratico degli adempimenti posti a carico degli operatori economici e delle stazioni appaltanti e si pone in perfetta sintonia con gli obiettivi di semplificazione e trasparenza avviati dal legislatore a partire dalla l. 190/2012.

Nel senso di una più agevole gestione delle attività relative sia alla “preparazione” che allo “svolgimento” dell’appalto, si pone, altresì, il nuovo istituto delle “consultazioni preliminari di mercato”. Esso costituisce una forma nuova di flessibilizzazione procedurale e sostanziale, attraverso la quale è espressamente prevista la possibilità di richiedere consulenze oltre che ad esperti anche ad autorità indipendenti. A tal fine è da ritenersi preminente il ruolo dell’Autorità nazionale anticorruzione, anche ai fini della riduzione del contenzioso in fase di gara, spesso originato dalla carenza di conoscenze adeguate per una corretta impostazione e definizione del disegno d’asta da parte delle stazioni appaltanti.

b) Anticorruzione e rafforzamento dei poteri dell’ANAC

La centralità dell’A.n.a.c. nel nuovo sistema degli appalti è sicuramente una delle novità maggiore della riforma. All’autorità, infatti, sono attribuiti nuovi e penetranti poteri nella vigilanza sui contratti pubblici; in particolare, vigila affinché sia garantita l’economicità dell’esecuzione dei contratti pubblici, ha il potere di segnalare al Governo e al Parlamento fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore; ha la facoltà di formulare al Governo proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente di settore e deve trasmettere al Governo e al Parlamento una relazione annuale sull’attività svolta, evidenziando le disfunzioni

riscontrate nell'esercizio delle proprie funzioni. Inoltre, l'A.N.A.C. vigila sul sistema di qualificazione degli esecutori dei contratti pubblici di lavori ed esercita i correlati poteri sanzionatori, vigila sul divieto di affidamento dei contratti attraverso procedure diverse rispetto a quelle ordinarie, per affidamenti di particolare interesse, svolge attività di vigilanza collaborativa attuata previa stipula di protocolli di intesa.

Una delle maggiori novità che si riscontra nei poteri attribuiti all'Autorità riguarda la gestione delle banche dati che forniranno informazioni dettagliate sugli operatori alle stazioni appaltanti non solo italiane, ma anche europee.

Inoltre la riforma ha istituito, presso l'Autorità, il *rating reputazionale*, ovvero un sistema di valutazione (basato su penalità e premialità) basato sul curriculum dell'impresa sulla base di parametri oggettivi e misurabili nonché su accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione degli appalti ad essi affidati. L'ANAC dovrà dare rendere operativo tale istituto e curarne la gestione.

All'Autorità, inoltre, è attribuito un ruolo centrale nel completamento della riforma, attraverso l'elaborazione delle linee guida necessarie per dare attuazione al nuovo codice.

c) Anticorruzione e discrezionalità

Come si è rilevato, l'amministrazione gode di ampia discrezionalità nel settore degli appalti pubblici; discrezionalità che si estrinseca, in vario modo, in tutti i momenti della procedura, in special modo nella determinazione delle disposizioni speciali contenute nel bando che, sovente, si prestano come facile mezzo di pratiche corruttive e collusive,

potendo tali disposizioni essere ricamate sulla base delle caratteristiche dell'impresa illegalmente favorita.

Per far fronte a tale problematica, la recente riforma introduce una serie di correttivi, che hanno lo scopo primario di limitare ed arginare la discrezionalità amministrativa, riconducendola entro dei paletti stabiliti dal legislatore.

È stato infatti previsto che la stazione appaltante non potrà più liberamente disporre in ordine al criterio di aggiudicazione. L'offerta economicamente più vantaggiosa diventa regola generale, mentre saranno specificamente (e tassativamente) regolate le ipotesi in cui potrà farsi ricorso al criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta. La scelta del contraente dovrà ricadere sull'offerta che presenta il «miglior rapporto qualità/prezzo» valutato con criteri oggettivi sulla base degli aspetti qualitativi, ambientali o sociali connessi all'oggetto dell'appalto pubblico o del contratto di concessione. La definizione di offerta economicamente più vantaggiosa, peraltro, muta in modo sostanziale, perché il valore del prezzo non è più considerando nella sua tradizionale accezione, ma viene valutato *“seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita”*.

Inoltre, è previsto utilizzo esclusivo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'aggiudicazione dei contratti pubblici relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché dei contratti pubblici di servizi ad alta intensità di manodopera, definiti come quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto

Limitazione nella discrezionalità riconosciuta in sede di elaborazione del contenuto del bando. Come noto, i bandi di gara prevedono dei requisiti speciali di partecipazione attinenti alle capacità tecniche ed economico-finanziarie. Sovente accade che tra queste ultime, vengano imposti dei

requisiti in ordine al fatturato minimo prodotto dalle imprese o dai professionisti, singoli o associati, negli anni precedenti alla partecipazione alla gara.

Secondo l'orientamento che si è affermato in ambito comunitario e che è stato confermato dalle direttive recepite, il requisito del fatturato comporta una ingiustificata discriminazione e limitazione nella partecipazione alle gare. Pertanto, le stazioni appaltanti non potranno più inserire tale requisito, salvo specificarne la necessità con apposita motivazione. La nuova normativa conferma la linea volta ad assicurare che le specifiche tecniche vengano fissate in termini di requisiti funzionali e non siano redatte in modo da risultare discriminatorie.

d) Anticorruzione e favorparticipationis: il nuovo ruolo del soccorso istruttorio.

Come noto, l'agenda delle priorità previste dall'Unione Europea è indirizzata a favorire lo sviluppo di un mercato concorrenziale e sano, ove gli operatori economici hanno la possibilità di confrontarsi tra loro, permettendo all'amministrazione, nel settore degli appalti pubblici, di scegliere il miglior contraente disponibile. In tal senso, l'Unione ha da sempre puntato a favorire la massima partecipazione alle gare pubbliche.

A tale scopo, anche in una ottica di semplificazione, è stata proposta una applicazione più ampia del soccorso istruttorio (peraltro, recentemente riletto in modo non formalistico da Ad. Plen., n. 9 del 2014) ed una sanzione per l'amministrazione che colpevolmente non faccia ricorso ad esso.

In altri termini, con tale modifica si impone alle stazioni appaltanti di richiedere agli operatori economici interessati, non solo di chiarire e

completare le informazioni o la documentazione presentata, ma anche di presentare e integrare documenti mancanti, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza.

La semplificazione ha risvolti anche sul piano processuale, atteggiandosi quale strumento deflattivo del contenzioso. Infatti, buona parte delle controversie relative alle aggiudicazioni si concentra prevalentemente sulle questioni riguardanti la sussistenza dei requisiti soggettivi dei partecipanti alle gare, sui requisiti di qualificazione, di moralità, di capacità, anche se ciò avvenga dopo l'intervenuta aggiudicazione. L'attuale struttura del procedimento — che prevede la necessità di una verifica dei requisiti dopo l'aggiudicazione — pone dinanzi alla situazione paradossale alla stregua della quale, anche dopo la conclusione della gara, può discutersi dell'esistenza dei requisiti soggettivi, dando luogo ad una perversa spirale di impugnazioni incidentali (proposte dall'aggiudicatario) volte a contestare, a loro volta, il requisito soggettivo del ricorrente principale.

Permettere, ovvero rendere obbligatorio il ricorso al soccorso istruttorio per colmare carenze documentali o sanare irregolarità durante lo svolgimento della gara, da un lato, è funzionale a ridurre le cause di esclusione, comminando sanzioni alternative in caso di inadempimenti formali, dall'altro, diminuisce le cause di impugnazione delle aggiudicazioni.

e) Anticorruzione, subappalto e avvalimento

Come anticipato nel I capitolo, numerosi sono i rischi di pratiche corruttive legate agli istituti del subappalto e dell'avvalimento. Per

entrambi, il nuovo codice degli appalti ha previsto delle modifiche volte a regolamentare in modo più dettagliato tali istituti.

Il subappalto è trattato all'articolo 105 del D.Lgs. approvato, che richiama l'articolo 71 della direttiva 2014/24/UE, l'articolo 88 della direttiva 2014/25/UE ed, anche la lettera rr) della legge delega. La normativa (comma 4 art. 105) precisa che i soggetti affidatari dei contratti possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, solo nei casi in cui tale facoltà sia prevista espressamente nel bando di gara. Inoltre. La norma richiede che all'atto dell'offerta i concorrenti abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo e abbiano indicato i futuri subappaltatori, dimostrando l'assenza in capo agli stessi di eventuali motivi di esclusione.

Il concorrente che intende fare ricorso al subappalto, oltre a l'assenza di cause di esclusione, dovrà impegnarsi a sostituire le imprese prive dei requisiti di qualificazione; a tal fine, egli dovrà indicare, già in sede di offerta, il nominativo di tre subappaltatori per ogni categoria di lavori.

Per quanto concerne l'istituto dell'avvalimento, il nuovo codice prevede che l'operatore economico, singolo o in raggruppamento, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale, necessari per partecipare ad una procedura di gara, *«facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti, anche di partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi»*. La stazione appaltante verifica se i soggetti sulla cui capacità l'operatore economico intende fare affidamento soddisfano *«i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione»*. Nel caso in cui ci siano degli ostacoli, l'impresa non

viene esclusa dalla gara, ma può «*sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione*».

La stazione appaltante, dopo aver verificato se i soggetti sulla cui capacità l'operatore economico intende fare affidamento soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione può non escludere l'impresa dalla gara e può imporre all'impresa “di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione”.

La riforma, a ben vedere, tende a limitare, tanto per il subappalto quanto per l'avvalimento, le ipotesi di esclusione derivanti da tali istituti, attraverso un meccanismo di sostituzione delle imprese delle cui capacità ci si avvale o a cui si subappalta la commessa.

f) Anticorruzione e l'istituto del general contractor

Come si è detto, una problematica che favorisce l'insorgenza e la diffusione di fenomeni corruttivi negli appalti pubblici è riscontrabile nel frequente ricorso alle procedure straordinarie per la realizzazione delle grandi opere o di infrastrutture di interesse strategico.

In tal senso, il nuovo codice appalti ha previsto la totale eliminazione del ricorso a procedure straordinarie, prevenendo, tra l'altro, il superamento della Legge Obiettivo e riconducendo la pianificazione e la programmazione delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari allo sviluppo del Paese, agli strumenti ordinari, quali il Piano generale dei trasporti e della logistica triennale e il Documento pluriennale di pianificazione (DPP). Per la redazione del primo DPP, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti effettua, avvalendosi della struttura tecnica di

missione, una ricognizione di tutti gli interventi già compresi negli strumenti di pianificazione e programmazione vigenti e ne attua una revisione (projectreview).

Con il tramonto della legge obiettivo, anche l'istituto del contraente generale subisce una profonda rivisitazione. Per farvi ricorso, infatti, la stazione appaltante dovrà fornire un'adeguata motivazione, in base a complessità, qualità, sicurezza ed economicità dell'opera. È in ogni caso vietato per il general contractor esercitare il ruolo di direttore dei lavori.

g) Anticorruzione e centrali di committenza

Il legislatore è intervenuto nel potenziare il ruolo affidato alle centrali di committenza, cui sono dedicati gli articoli 37 e 38 del nuovo codice. In particolare, all'articolo 37 viene precisato che le stazioni appaltanti, fermi restando gli obblighi di ricorso agli strumenti di acquisto e di negoziazione anche telematici previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa, possono procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di forniture e servizi di importo inferiore a 40.000 euro e di lavori di importo inferiore a 150.000 euro, nonché, per qualsiasi importo, attraverso l'effettuazione di ordini su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza.

Al di sopra di tale soglia le stazioni appaltanti in possesso della necessaria qualificazione procedono mediante ricorso autonomo agli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente. A tal fine, è istituito presso l'ANAC un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte anche le centrali di committenza. La qualificazione è

conseguita in rapporto alla tipologia e complessità del contratto e per fasce d'importo.

Le stazioni appaltanti potranno procedere, sempre in via autonoma, per i servizi sotto i 40mila euro e per i lavori sotto i 150mila euro. Sopra questa soglia, le stazioni appaltanti potranno acquisire una qualificazione che gli permetterà di bandire le gare. Anche in questo caso, sarà cura dell'A.n.a.c. predisporre e aggiornare i relativi elenchi. La qualificazione sarà conseguita in relazione alla complessità delle procedure da gestire. In alternativa, dovranno fare riferimento a una centrale di committenza o a un'unione di Comuni qualificata come centrale di committenza.

III CAPITOLO

I POTERI STRAORDINARI DI GESTIONE, SOSTEGNO E MONITORAGGIO DI IMPRESE

Sommario: 1. Introduzione: l'A.N.AC. nell'ambito delle Autorità Indipendenti. 2. I rimedi previsti dal Codice dei Contratti a fronte di fenomeni corruttivi nelle gare pubbliche: revoca, recesso e risoluzione dei contratti. 3. I poteri straordinari previsti dall'art. 32 d.l. n. 90/2014. *a) I soggetti destinatari delle misure straordinarie; b) I presupposti per l'applicazione delle misure straordinarie; c) Ulteriori presupposti attinenti alla natura cautelare delle misure straordinarie; d) Il procedimento per l'adozione delle misure straordinarie; e) L'adozione delle misure straordinarie a seguito di informativa antimafia interdittiva.* 4. L'accantonamento delle somme. 5. Profili applicativi: *a) Il commissariamento del Centro di Accoglienza C.A.R.A. di Mineo; b) Applicazione della misura del sostegno e monitoraggio: il caso della Igeco costruzioni s.p.a. di Roma ; c) c) Applicazione delle misure straordinarie a seguito di provvedimento interdittivo antimafia: il caso della cooperativa Capodarco e il sistema Mafia Capitale*

7. Introduzione: l'A.N.AC. nell'ambito delle Autorità Indipendenti

L'art. 22 dl. 90 riconduce espressamente l'ANAC nel novero delle autorità indipendenti, ovvero organismi imparziali, istituiti sulla base del valore costituzionale dell'imparzialità dell'amministrazione e dotati di particolari competenze tecniche.

L'indipendenza di tali organismi è riconosciuta non solo in relazione ai procedimenti di nomina, ma anche e soprattutto in relazione all'autonomia organizzativa e finanziaria.

Come già rilevato, la spinta verso la creazione di tale specifico organismo è stata fornita dall'Unione Europea, che raccomandava l'istituzione di un organismo dotato dell'indipendenza necessaria per esercitare le funzioni in materia di anticorruzione al riparo da ogni indebita ingerenza.

Ed invero, il legislatore aveva seguito tale indicazione già con il d.l. 31 agosto 2013, n. 101¹¹⁶, che aveva modificato il sistema di nomina dei membri della vecchia CIVIT, modificandone parzialmente anche la compagine organizzativa. L'Authority, infatti, non è più formata da cinque componenti, come in passato, bensì da quattro componenti e un Presidente, che detiene poteri speciali di contrasto alla corruzione.

I componenti dell'Autorità sono scelti *«tra esperti di elevata professionalità, anche estranei all'amministrazione, con comprovate competenze»* – requisito già richiesto in passato per la nomina dei componenti della CIVIT – e, in modo del tutto innovativo rispetto al passato, anche tra soggetti *«di notoria indipendenza e comprovata*

¹¹⁶ convertito con modifiche dalla l. 30.10.2013, n. 125

esperienza in materia di contrasto alla corruzione», al fine di rendere il profilo dei candidati il più possibile aderente alle finalità che l'Authority deve perseguire.

La legge conferma i requisiti di indipendenza già contemplati dalla precedente normativa, ovvero la non provenienza da cariche politiche o sindacali nei tre anni precedenti la nomina. L'indipendenza soggettiva dei componenti è tutelata anche dall'espresso divieto di secondo mandato.

Quanto al procedimento di nomina dei componenti dell'Autorità, il d.l. n. 101/2013 ha apportato modifiche sostanziali al procedimento di nomina del Presidente - che avviene su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, di concerto con il Ministro della giustizia e il Ministro dell'interno -, distinguendolo dall'*iter* previsto per la nomina degli altri componenti, che avviene su proposta del solo Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione.

L'investitura formale di tutti i componenti (che la legge considera come organo collegiale) e del Presidente avviene poi con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri e parere favorevole reso dalle Commissioni parlamentari competenti, espresso a maggioranza dei due terzi dei componenti. Tale procedimento vale a qualificare l'Autorità in esame quale autorità amministrativa indipendente "tendenzialmente governativa", espressione utilizzata per distinguere le Autorità nelle quali il Governo, tramite i suoi Ministri, ha il potere di iniziativa quanto alle nomine, rispetto a quelle "tendenzialmente parlamentari", ove invece la designazione è adottata di intesa dei Presidenti di Camera e Senato¹¹⁷.

¹¹⁷ Blando, F., Questioni in tema di sindacabilità degli atti di nomina delle autorità indipendenti, in *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 2009, 6, 1-23.

Nei casi come quello di specie, il potere di nomina da parte del Governo è controbilanciato, per un verso, dal parere vincolante delle Commissioni parlamentari, che rende le stesse compartecipi del potere di investitura dei vertici politici, e, per altro verso, dall'investitura mediante decreto del Presidente della Repubblica, al quale si riconosce il potere di non dare seguito alla delibera del Consiglio dei Ministri in caso di manifesta illegittimità¹¹⁸. Si tratta, invero, di un procedimento formale, adoperato già in relazione ad altre Autorità indipendenti¹¹⁹, e che, pur attribuendo un maggior peso all'iniziativa governativa, non ne compromette l'indipendenza e l'autonomia, stante il complesso di garanzie legate al procedimento, alla durata dell'incarico e ai requisiti per la nomina.

L'indipendenza non riguarda, tuttavia, solo l'Autorità nel suo complesso, ma si sostanzia anche nell'attribuzione di peculiari poteri in capo al Presidente, la cui azione non è condizionata dall'organo collegiale.

Indipendenza, dunque, in una doppia accezione: la prima, costruita sul modello "classico" delle amministrazioni indipendenti; il secondo, del tutto peculiare e pressochè sconosciuto dall'esperienza italiana, riguardante l'organo monocratico del Presidente, con poteri propri ed incisivi.

8. I rimedi previsti dal Codice dei Contratti a fronte di fenomeni corruttivi nelle gare pubbliche: revoca, recesso e risoluzione dei contratti.

Prima dell'introduzione delle misure straordinarie di gestione, monitoraggio e sostegno di cui all'art. 32 del d.l. n. 90/2014, il tema dei

¹¹⁸ Cossu, L., Autorità indipendenti: questioni aperte e soluzioni nuove? in Studi in memoria di Vincenzo Caianiello, Napoli, 2008, 197 ss.

¹¹⁹ Si veda il procedimento di nomina del presidente dell'AGCOM

rimedi giuridici a fronte dell'emersione - in fase di esecuzione dei contratti - dell'illegittima aggiudicazione degli appalti pubblici a causa di fenomeni corruttivi era dibattuto.

Nello specifico, ci si interrogava su quale fosse lo strumento più efficace per contrastare tali eventualità e porre fine alla stipula del contratto.

Ci si interrogava, in primo luogo, sulla possibilità e sull'opportunità di ricorrere alla revoca dell'aggiudicazione ovvero al recesso anticipato dal contratto già stipulato.

Invero, la revoca, quale espressione del potere di agire in autotutela, potrebbe essere legittimamente disposta in relazione alla sola aggiudicazione della gara. Più difficile è configurare la possibilità di esperire tale rimedio a fronte di un contratto già stipulato. Infatti, in tali ipotesi l'amministrazione ricorrerebbe all'esercizio di un potere autoritativo per risolvere un contratto che presuppone, viceversa, una posizione tendenzialmente paritetica tra le parti¹²⁰.

La revoca dell'aggiudicazione comporterebbe, infatti, la caducazione del successivo contratto per illegittimità derivata, con un evidente

¹²⁰ Sul punto, si riscontrava in giurisprudenza un netto contrasto di opinioni. In particolare, fino alla sentenza dell'Ad. Plen, n. 14/2014, l'indirizzo maggioritario del Consiglio di Stato, sarebbe legittimo l'esercizio del potere di revoca degli atti amministrativi del procedimento ad evidenza pubblica anche se sia stato già stipulato il contratto (Cfr. Cons. St., sez. VI, 17.3.2010, n. 1554; Cons. St., sez. VI, 27.11.2012, n. 5993; Cons. St., sez. IV, 14.1.2013, n. 156). Viceversa, secondo la impostazione della Corte di Cassazione, tutte le vicende successive alla stipulazione del contratto darebbero luogo a questioni relative alla validità ed efficacia del contratto anche se dovute all'esercizio di poteri pubblicistici in autotutela; con la stipula del contratto si costituisce, infatti, tra le parti – pubblica e privata – un rapporto giuridico paritetico intercorrente tra situazioni soggettive da qualificare in termini di diritti soggettivi e di obblighi giuridici. Il riscontro di sopravvenuti motivi di inopportunità della realizzazione dell'opera dovrebbe, quindi, essere ricondotto all'esercizio del potere contrattuale di recesso previsto dalla normativa sugli appalti pubblici, senza possibilità di operare per il tramite della revoca (Cass., S.U., 26.6.2003, n. 10160; Cass., S.U., 17.12.2008, n. 29425)

straripamento del potere autoritativo al di fuori i limiti della fase procedimentale.

La revoca, inoltre, anche quando sia legittimamente disposta, non solleva la stazione appaltante da eventuali responsabilità precontrattuali; la giurisprudenza, infatti, da sempre riconduce l'esercizio di tale potere alla responsabilità extracontrattuale o aquiliana. Da qui, discenderebbe l'obbligo, in capo all'amministrazione, di risarcimento del danno, sebbene limitato al solo interesse negativo, rappresentato sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto (danno emergente), sia dalla perdita, se provata, di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso (lucro cessante relativamente al solo ambito delle "occasioni mancate")¹²¹.

Il risarcimento del danno nei confronti dell'impresa "inquinata", sebbene paradossale, non pare poter essere escluso dall'emersione di fenomeni corruttivi, essendo questi irrilevanti nel giudizio di legittimità¹²².

Quasi contestualmente all'introduzione legislativa delle misure straordinaria di cui all'art. 32 cit., l'Adunanza Plenaria si è espressa sulla legittimità di ricorrere alla revoca dell'aggiudicazione per risolvere contratti già stipulati.

Con la sentenza 20 giugno 2014, n. 14, il giudice ha ritenuto che, una volta intervenuta la stipulazione del contratto di appalto, l'amministrazione non può esercitare il potere di revoca, dovendo operare con l'esercizio del diritto di recesso. Preliminarmente, la sentenza pone l'accento sulla distinzione tra aggiudicazione e stipulazione del contratto, rilevante sia sul

¹²¹ In termini, Consiglio di Stato, 06 giugno 2008, n.2680, sez. IV, in Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.11, 2008, pag. 2330.

¹²² In questi termini cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n.143, in Foro Amministrativo (II), fasc.7-8, 2015, pag. 1940.

piano funzionale (poiché, con la prima, si conclude la fase pubblicistica del perseguimento dell'interesse pubblico alla selezione della migliore offerta, mentre la seconda si colloca nel diverso quadro del rapporto paritetico tra i contraenti, con predominanza del diritto privato), sia sul piano strutturale, poiché, ai sensi dell'art. 11 del codice dei contratti, *“l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta”*¹²³, essendo previsto un termine di sospensione prima di stipulare il contratto, entro il quale l'amministrazione può agire in autotutela¹²⁴. Al contempo, la Plenaria sottolinea che nel codice dei contratti pubblici sono previste norme contrattuali di specialità riguardo alla fase dell'esecuzione del contratto, tra cui, in primis, l'istituto del recesso, previsto dall'art. 134 del codice dei contratti e, in generale, dall'art. 21-sexies della legge sul procedimento.

In tale prospettiva, dunque, con la stipulazione del contratto si esaurirebbe la fase pubblicistica e l'amministrazione si porrebbe in una situazione paritetica rispetto al soggetto privato. Soltanto laddove l'amministrazione non abbandoni la posizione di supremazia successivamente alla stipulazione del contratto (ad es. nella concessione-contratto), quindi, si potrebbe prospettare la permanenza del potere pubblicistico.

Ne consegue che deve ritenersi insussistente, nella fase contrattuale, il potere di revoca, che presuppone la diversa valutazione dell'interesse pubblico a causa di sopravvenienze. A ben vedere, inoltre, se si optasse per l'opposta interpretazione, la norma sul recesso sarebbe sostanzialmente inutile, priva di portata pratica, dal momento che l'amministrazione potrebbe sempre ricorrere alla meno costosa revoca ovvero decidere di

¹²³ Comma 7

¹²⁴ comma 9

esercitare il diritto di recesso secondo il proprio esclusivo giudizio, conservando nel rapporto una posizione comunque privilegiata.

La sentenza ha posto in rilievo, inoltre, che nelle ipotesi in esame, la stazione appaltante può disporre, sempre nell'esercizio del potere di autotutela, l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione precedentemente disposta.

Secondo l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, infatti, tale annullamento produce la caducazione automatica degli effetti del contratto nel frattempo stipulato, in virtù della stretta consequenzialità funzionale esistente tra il provvedimento di aggiudicazione e la successiva stipula¹²⁵.

Naturalmente il potere di annullamento d'ufficio deve essere esercitato nel rispetto dei limiti che gli sono propri. Per orientamento consolidato, esso è il risultato di un'attività discrezionale dell'amministrazione e non consegue quindi in via automatica dalla ritenuta originaria illegittimità dell'atto oggetto di annullamento. In questo senso, è necessaria la sussistenza di un interesse pubblico attuale al ripristino della legalità, che deve essere prevalente sugli interessi contrapposti dei privati che militino nel senso della conservazione dell'atto stesso¹²⁶.

La riscontrata irregolarità delle procedure di selezione del contraente giustifica non solo l'annullamento dell'aggiudicazione, ma anche la caducazione automatica degli effetti del contratto. Ciò in quanto "la permanenza del vincolo contrattuale trova la sua necessaria presupposizione nella corretta osservanza delle regole dell'evidenza pubblica, poste a presidio sia degli interessi di rilievo pubblico inerenti alla corretta gestione delle risorse economiche di cui l'ente dispone, sia delle

¹²⁵ Cass. SS. UU., 8 agosto 2012, n. 14260; Cons. Stato, Sez. III, 23 maggio 2013, n. 2802; Sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032; 4 gennaio 2011, n.11.

¹²⁶ in questi termini, Cons. Stato, Sez. VI, 19 marzo 2013, n. 1605.

imprese operanti nel segmento di mercato, che non devono subire pregiudizio o discriminazione quanto alla possibilità di accedere ai pubblici appalti” (Cons. Stato, Sez. III, 23 maggio 2013, n. 2802).

È opportuno rilevare, tuttavia, che anche tale istituto possa non dimostrarsi del tutto efficace, specie a seguito della legge n. 124/2015, che ha stabilito che l’annullamento d’ufficio può essere disposto “*entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti*”.

Il successivo comma 2-bis, esclude da tale disposto i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, ma solo ove le stesse siano accertate con sentenza passata in giudicato.

In definitiva, la novella legislativa ha avuto l’effetto di depotenziare lo strumento offerto dall’ordinamento, almeno per quanto riguarda le ipotesi di annullamento d’ufficio dell’aggiudicazione di una gara a seguito dell’emersione di fenomeni corruttivi.

La sentenza ricostruisce, come si è accennato, anche l’istituto del recesso. L’art. 132 cit., infatti, prevede che quest’ultimo possa essere esercitato in qualsiasi momento dalla stazione appaltante, previo pagamento dei lavori eseguiti, del valore dei materiali utili esistenti in cantiere e del decimo dell’importo dei lavori ancora da eseguire. È evidente che si tratta di un recesso di natura onerosa, prevedendo la corresponsione di un giusto indennizzo, le cui voci sono individuate dalla norma stessa.

È evidente che anche in questo caso, l’istituto non sia idoneo a regolare ed a prevenire i rischi di corruzione negli appalti pubblici. Sarebbe, ancora una volta, paradossale che l’ente appaltante, per sciogliere un contratto la cui acquisizione è avvenuta in maniera illegittima a causa di

episodi corruttivi, fosse costretta a pagare un indennizzo a favore dell'impresa che si è resa colpevole del comportamento criminoso.

Un ulteriore strumento predisposto dall'ordinamento in materia di contratti pubblici è previsto dall'art 135 del d.lgs. 163/2006, che disciplina la risoluzione del contratto.

Ad essa la stazione appaltante può ricorrere quando nei confronti dell'appaltatore sia intervenuto un provvedimento definitivo di applicazione di una misura antimafia ovvero una sentenza di condanna passata in giudicato per reati connessi alle fattispecie di corruzione e concussione¹²⁷.

In questa ipotesi l'appaltatore ha diritto solo al pagamento dei lavori eseguiti, decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto. Il riferimento a tale decurtazione rappresenta una clausola di portata ampia, che può essere opportunamente interpretata anche in relazione agli oneri che l'ente appaltante subisce, in termini di tempi e di costi, per il riaffidamento dei lavori.

Nel caso proceda alla risoluzione del contratto, la stazione appaltante può ricorrere allo scorrimento della graduatoria di aggiudicazione, al fine di individuare una nuova impresa aggiudicataria senza dover ripetere l'intera procedura di gara (articolo 140).

Come è evidente, anche tale strumento risulta poco efficace e inidoneo ad operare nei termini di celerità e immediatezza richiesti dalle esigenze di tutela dell'interesse pubblico alla prosecuzione delle opere e alla mancanza

¹²⁷ La disposizione comprende i delitti previsti dall'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, dagli articoli 314, primo comma, 316, 316-bis, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater e 320 del codice penale, nonché i reati di usura, riciclaggio, le frodi nei riguardi della stazione appaltante, di subappaltatori, di fornitori, di lavoratori o di altri soggetti comunque interessati ai lavori, nonché la violazione degli obblighi attinenti alla sicurezza sul lavoro

di interruzione nell'offerta di servizi. La risoluzione, infatti, può intervenire solo in relazione a una sentenza di condanna passata in giudicato.

9. I poteri straordinari previsti dall'art. 32 d.l. n. 90/2014

Nel quadro appena delineato, si è introdotta la riforma del 2014, che ha portato alla nascita e definizione del ruolo e dei poteri della nuova Autorità Nazionale Anticorruzione, ed ha delineato la figura del Presidente in modo piuttosto innovativo rispetto alle autorità indipendenti conosciute dall'ordinamento italiano.

Invero, tutto il sistema introdotto con il d.l. 90 cit., che ha attribuzione nuovi poteri all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), mira a rafforzare gli strumenti predisposti dall'ordinamento giuridico per garantire la trasparenza e l'efficienza dell'azione amministrativa e contrastare il fenomeno della corruzione negli appalti pubblici.

È utile ricordare come l'esigenza di introdurre tali strumenti si è posta a seguito di rilevanti iniziative di indagine concernenti gravi episodi corruttivi che avevano inquinato l'affidamento la realizzazione di opere pubbliche di importanza strategica per il Paese, con pesanti ricadute anche sul piano dell'immagine internazionale dell'Italia.

È in tale contesto, che il legislatore ha manifestato la necessità di arricchire il sistema di prevenzione dei fenomeni di mala amministrazione previsti dalla legge 190, mediante l'introduzione di strumenti di immediata applicazione e operatività, capaci di preservare l'interesse sotteso alla realizzazione dell'appalto affidato in regime di legalità controllata.

In particolare, come si è anticipato, le previsioni contenute negli artt. 19, 30 e 32, configurano il Presidente dell'ANAC in termini di organo

monocratico, dotato di specifici poteri e competenze, soprattutto in relazione al ruolo di garante della legalità nel settore degli appalti.

In questo settore, infatti, il legislatore ha creato degli strumenti che consentono al Presidente dell'Autorità di intervenire tempestivamente per prevenire il fenomeno corruttivo, senza che ciò provochi la discontinuità o l'interruzione delle forniture o dei lavori oggetto di appalto, anche - e soprattutto - nelle ipotesi, invero frequenti, in cui le anomalie emergano nella fase di esecuzione dei contratti.

Tra i compiti più innovativi attribuiti al Presidente dell'ANAC rientrano le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di cui all'art. 32 del d.l. 90 cit.

In linee generali, l'art. 32 consente, alternativamente, l'adozione da parte del Presidente dell'ANAC e del Prefetto competente (mediante modalità che saranno di seguito analizzate) di uno dei seguenti provvedimenti:

- La rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto in vicende sintomatiche di fenomeni corruttivi, che saranno in seguito meglio delineate;
- La straordinaria e temporanea gestione dell'attività dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto oggetto di procedimento penale;
- Il sostegno e il monitoraggio dell'impresa, finalizzati a riportare la gestione entro parametri di legalità.

La norma individua, a ben vedere, una misura amministrativa di notevole spessore, poiché interviene a modificare coattivamente l'organismo stesso dell'impresa, incidendo sulla sua autonomia e sulla sua soggettività.

L'obiettivo della disposizione è quello di garantire, attraverso l'intervento del solo Presidente dell'Autorità, celerità e immediatezza alle misure preventive, in modo da non compromettere l'esecuzione dei contratti e la libertà di impresa. La norma, infatti, rafforza i poteri del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione in materia di gestione degli appalti pubblici, proprio allo scopo di evitare che l'avvio di una indagine su fatti di corruzione relativi alla gestione di appalti possa bloccare la realizzazione di opere di interesse pubblico.

Al contempo, il legislatore si preoccupa di evitare che la prosecuzione dell'appalto o della concessione si traduca nell'attribuzione di un vantaggio all'autore dell'illecito, che continuerebbe a ricavare i profitti della commessa pubblica.

Come si legge nella Relazione al Disegno di Legge n. 2486/2014, di conversione in legge del decreto in esame, l'art. 32 *“introduce misure volte a far sì che in presenza di indagini per delitti di particolare gravità ai danni delle pubbliche amministrazioni, ovvero in presenza di situazioni anomale, sintomatiche di condotte illecite o di eventi criminali attribuibili ad imprese aggiudicatarie di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture il presidente dell'ANAC sia dotato di incisivi poteri propositivi nei confronti del Prefetto”*.

Tali poteri propositivi devono essere graduati, in ossequio al principio di proporzionalità, in relazione alla gravità dei fatti e vanno, come si è detto, dall'ordine di rinnovazione degli organi sociali e, in caso di inottemperanza allo stesso, nella straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice, alla diretta ed immediata straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice.

La disposizione finalizza le misure di straordinaria gestione dell'impresa finalizzate all'anticorruzione esclusivamente alla completa esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto pubblico.

Il comma 10 dell'art. 32 cit., infatti, configura il completamento dell'esecuzione della commessa, mediante la sua prosecuzione del contratto, come un mezzo per soddisfare interessi pubblici di rango più elevato, tassativamente elencati dalla norma, quali:

- La “*continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela dei diritti fondamentali*”, al fine di evitare interruzioni nella erogazione di prestazioni che risultano indispensabili, per consentire ad una collettività o tipologie di utenti di poter esercitare diritti primari costituzionalmente garantiti;
- La “*salvaguardia dei livelli occupazionali*”, ovvero la necessità di mantenere in essere un numero consistente di posti di lavoro la cui perdita inciderebbe sul livello complessivo della popolazione occupata in un determinato contesto geografico o in un determinato comparto produttivo.
- L’ “*integrità dei bilanci pubblici*”, al fine di evitare che l'interruzione di determinate attività implichi un danno diretto ed immediato alle entrate fiscali e quindi alle complessive esigenze della finanza pubblica. Tale interesse, infatti, può essere compromesso qualora la realizzazione di un'opera comporti un ingente impiego di risorse pubbliche, che andrebbero ad aumentare laddove i tempi di esecuzione si dilatassero (si veda quanto accaduto in relazione al caso Expo2015).

Gli strumenti di cui all'art. 32 si muovono in un quadro di massima anticipazione sul piano della prevenzione, ma non si limitano ad assolvere esigenze cautelari, essendo piuttosto volte a garantire la realizzazione di interessi pubblici superiori, che vengono messi in pericolo da situazioni illecite.

La disposizione opera un'innovazione rilevante, atteso che, precedentemente, in caso di accertate condotte illecite, l'A.V.C.P. poteva unicamente denunciare le eventuali irregolarità riscontrate agli organi amministrativi e giurisdizionali competenti. Viceversa il presidente dell'autorità, attraverso le misure straordinarie di gestione sostegno in monitoraggio, è titolare di un potere conformativo e idoneo a limitare la libertà di iniziativa economica, nell'intento di salvaguardare interessi pubblici di rango superiore.

In questo senso, però, è opportuno rilevare che tale potere non rappresenta una novità assoluta nel panorama ordinamentale italiano.

Infatti, precedentemente, le disposizioni di cui agli artt. 9 e 45 del d.lgs. 231/2001, già attribuivano all'autorità giudiziaria - in presenza di procedimenti penali, anche per reati contro la pubblica amministrazione – il potere di disporre una gestione commissariale dell'impresa, sostituendo gli organi di amministrazione interni.

Analogo provvedimento poteva essere disposto anche nell'ottica della prevenzione, quando ricorrevano sufficienti indizi in ordine a pericoli di condizionamento gravanti sulle attività economiche.

Ciò nonostante, le misure previste dall'articolo 32 cit. pur inserendosi in questo contesto non può essere interpretato come un duplicato di provvedimenti propri dell'autorità giudiziaria. Esse, viceversa, costituiscono lo strumento che colma un vuoto esistente, permettendo, quando non ricorrono gli estremi per un integrale e radicale

spossessamento dei poteri gestori, di sottoporre a controllo quella parte dell'impresa impegnata nello specifico contratto pubblico.

a) I soggetti destinatari delle misure straordinarie

I soggetti nei cui confronti può essere disposta la misura del commissariamento sono espressamente individuati dall'art. 32, co. 1, d.l. n. 90/2014 che sul punto è stato modificato in sede di legge di conversione.

Prima della l. n. 114/2014, infatti, la gestione straordinaria e temporanea dell'impresa poteva essere richiesta soltanto in riferimento all'impresa "aggiudicataria di appalti per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture", intendendo, con ciò l'impresa che, anche in qualità di componente di ATI o consorzi, abbia stipulato un contratto pubblico la cui esecuzione non è stata ancora completata. Viceversa, in sede di conversione, sono computati nel novero dei destinatari anche i concessionari di lavori pubblici e il contraente generale.

b) I presupposti per l'applicazione delle misure straordinarie

La norma di cui all'art. 32 cit. ha suscitato un intenso dibattito per la genericità ed indeterminatezza dei presupposti che possono portare alla gestione straordinaria dell'impresa.

Nello specifico, il comma 1 legittima l'intervento del Presidente dell'ANAC in presenza di due condizioni alternative tra loro.

Il primo caso preso in considerazione riguarda *"l'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda per i delitti di cui agli articoli 317 c.p., 318*

c.p., 319 c.p., 319-bis c.p., 319-ter c.p., 319-quater c.p., 320 c.p., 322, c.p., 322-bis, c.p. 346-bis, c.p., 353 c.p. e 353-bis c.p.”¹²⁸

In tal modo, il legislatore ha conferito al Presidente dell’Autorità anticorruzione il potere di intervenire in presenza di eventi corruttivi in senso ampio: si spiega così la scelta di introdurre, oltre alle classiche fattispecie di corruzione e concussione, anche il traffico di influenze illecite e le fattispecie di turbativa d’asta.

In secondo luogo, il Presidente dell’Autorità Anticorruzione può agire *“in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un’impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture ovvero ad un concessionario di lavori pubblici o ad un contraente generale”*.

Quanto alla prima ipotesi che può dar vita al commissariamento, va rilevato che la disposizione non fa riferimento ai casi in cui sia pendente un processo penale, ma piuttosto ai casi in cui sia pendente un semplice procedimento penale. In assenza del rinvio a giudizio, tuttavia, si pone un problema oggettivo di conoscibilità delle indagini da parte del Presidente dell’ANAC, che, infatti, sul tema è tornato più volte, per ribadire la necessità di *«introdurre una disposizione che sancisca il diritto del Presidente di ricevere notizie ed informazioni e di chiedere atti e documenti sui procedimenti penali non coperti dal segreto»*.

¹²⁸ La norma fa riferimento ai reati di concussione, corruzione per l’esercizio della funzione, corruzione semplice e aggravata per atto contrario ai doveri di ufficio, corruzione in atti giudiziari, corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio, istigazione alla corruzione, peculato, induzione indebita, corruzione e istigazione alla corruzione di membri della Corte penale internazionale o degli organi o dei funzionari delle Comunità europee, traffico di influenze illecite, turbata libertà degli incanti, turbata libertà del procedimento di scelta del contraente

Viceversa, nella seconda ipotesi, il legislatore ha inserito, a ben vedere, una norma di chiusura molto generica e di ampiezza indeterminabile¹²⁹, mediante il riferimento a “*situazioni anomale*”.

Tale circostanza non pare essere casuale. Invero, il legislatore ha disegnato la nuova Autorità come organismo altamente specializzato ed ha lasciato, conseguentemente, un ampio margine di discrezionalità nella valutazione dell'anomalia.

Le situazioni anomale, infatti, possono essere ricondotte a fattispecie distorsive della regolarità e trasparenza delle procedure di aggiudicazione difficilmente circoscrivibili a monte dalla legge: si pensi, ad esempio, alle ipotesi di sussistenza di collegamenti sostanziali tra imprese partecipanti alla gara, di sussistenza di accordi tra le imprese volti a favorire l'aggiudicazione nei confronti di un'impresa, la violazione dei principi che sorreggono la trasparenza nelle procedure ad evidenza pubblica e così via.

La norma richiede, inoltre, che gli elementi riscontrati siano sintomatici di condotte illecite o eventi criminali. La norma non subordina, dunque, la disposizione delle misure sulla base della certezza probatoria tipica del procedimento penale. È sufficiente, viceversa, che gli elementi riscontrati siano indicativi della probabilità emersa a seguito di una valutazione discrezionale delle circostanze emerse.

Il requisito alla base dell'applicazione delle misure, dunque, non va valutato in termini penalistici, benché è indubbio che le misure straordinarie siano funzionali anche alla repressione penale dei fenomeni corruttivi emersi negli appalti pubblici; piuttosto, coerentemente anche con

¹²⁹ Già in sede parlamentare (Cfr. Seduta della I comm. Affari Costituzionali del 3 luglio 2014) si era rilevato che tale formulazione contiene termini o formule, che potrebbero far dubitare della loro conformità al principio della tassatività, corollario del principio di legalità particolarmente significativo e cogente nel caso in esame perché riguardante, qui, l'esercizio del potere amministrativo, il più discrezionale, in senso tecnico, dei poteri, con ricadute, nella specie, di gravi effetti afflittivi.

la natura e i poteri dell'Autorità, la valutazione della sussistenza dei presupposti per l'adozione delle richiamate misure va ponderata in termini amministrativistici. D'altronde, in caso contrario, è evidente che il Presidente dell'A.N.AC. andrebbe a sostituirsi alle valutazioni di competenza del giudice penale.

Venendo, nello specifico, alle ipotesi contemplate dal comma 1, è evidente che queste rappresentano due fattispecie autonome ed alternative, alle quali si aggiunge un ulteriore presupposto, attinente al grado di rilevanza delle fattispecie elencate dalle lettere *a)* e *b)*, ossia la presenza di «*fatti gravi ed accertati*».

In altri termini, in entrambi i casi di applicazione delle misure straordinaria, si richiede che dagli elementi sottoposti alla valutazione emerga la gravità degli indici di colpevolezza e un accertamento sulla loro fondatezza.

Nel contesto delle misure introdotte dall'articolo 32 destinate ad intervenire in un momento antecedente al giudicato, devono considerarsi *fatti accertati* quelli corroborati da riscontri oggettivi; viceversa, il requisito della gravità (richiamato anche dal comma 2) implica che i fatti stessi abbiano raggiunto un livello di concretezza tale da rendere probabile un giudizio prognostico di responsabilità nei confronti dei soggetti della compagine di impresa per condotte illecite o criminali.

Inoltre, l'Autorità ha optato per una interpretazione garantista¹³⁰ delle disposizioni in esame, in forza della quale il presidente potrà avanzare al Prefetto competente la richiesta del provvedimento cautelare solo quando la notizia di illecito abbia raggiunto una consistenza oggettiva, ovvero uno

¹³⁰ Si vedano le seconde linee guida sull'applicazione dell'art. 32 (...)

spessore probatorio sulla base del quale egli ritenga sussistenti fatti gravi ed accertati, anche ai sensi dell'articolo 19 comma 5.

Secondo costante giurisprudenza di legittimità, devono considerarsi “gravi”, *“gli indizi aventi una rilevante consistenza ed una forza probatoria tale da risultarne, a seguito di una rigorosa valutazione di tutti gli elementi, assai probabile la colpevolezza della persona indiziata. Siffatto giudizio si deve poi tradurre in una penetrante motivazione del provvedimento che deve rendere conto dell'idoneità degli indizi a giustificare, nel concreto contesto del caso di specie, l'emissione della misura, ed indicare gli elementi di atto da cui gli indizi sono desunti nonché specificare i motivi della loro rilevanza probatoria, escludendo qualsiasi clausola di stile o formula generica di motivazione”*¹³¹.

c) Ulteriori presupposti attinenti alla natura cautelare delle misure straordinarie

Secondo l'ANAC, *“le misure escogitate dal legislatore hanno evidentemente funzione cautelare e carattere provvisorio, essendo limitate a portare a termine l'appalto e per il tempo dunque necessario per tale obiettivo”*¹³².

Coerentemente con questa impostazione, si osserva poi che, al pari di ogni provvedimento cautelare, il soggetto titolare dell'iniziativa deve valutare la sussistenza dei due presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

¹³¹ Cass. Pen., Sez. I, Sent. n. 934/1990

¹³² Si veda la richiesta Straordinaria e temporanea gestione della Società Maltauro S.p.a. con riferimento all'appalto relativo alle “architetture di servizio” afferenti al sito per l'Esposizione Universale del 10 luglio 2015, che ha costituito la prima applicazione della norma, in www.anicorruzione.it.

È il Presidente dell'Autorità (ovvero il Prefetto, nei casi di informazione antimafia interdittiva), dunque, a formulare una prima valutazione sulla sussistenza di tali elementi, attraverso l'acquisizione di elementi concreti, sia pure in termini di qualificata probabilità, in ordine al fatto che l'appalto o la concessione sono connessi a un'attività di tipo illecito riconducibile all'impresa aggiudicataria dell'appalto al concessionario di lavori pubblici o al contraente generale.

Il Presidente è tenuto anche a graduare la gravità dei fatti accertati sulla base del principio di proporzionalità e a calibrarla sulle tre differenti misure previste dall'articolo 32 cit., tenuto conto di diversi elementi quali il ruolo e il complessivo comportamento tenuto dall'autore dell'illecito, la pervasività del sistema corruttivo, il coinvolgimento della compagine societaria nella gestione illecita dell'appalto, la permanenza degli *asset* societari di soggetti con una notevole capacità di influenzare le scelte dell'impresa o la presenza di ulteriori elementi attestanti il rischio di condizionamenti nell'esecuzione del contratto in essere.

In relazione al *fumus*, in particolare, l'interpretazione della norma fornita dalla stessa Autorità impone l'acquisizione di elementi concreti in relazione alla circostanza che l'appalto sia stato ottenuto attraverso un'attività di tipo illecito.

In tal modo si distingue così un duplice momento procedimento valutativo: in prima battuta il Presidente dell'ANAC *“acquisisce una sorta di notitia criminis, che potrà essere costituita o dalla pendenza di un procedimento penale per una serie di reati contro la pubblica amministrazione o contro la corretta gestione degli appalti”*, ovvero conseguita all'esito di attività ispettive o di vigilanza poste in essere dall'ANAC o comunque di cui questa Autorità sia venuta a conoscenza; in

un secondo momento, sarà il Prefetto ad operare una propria valutazione sulla base degli elementi forniti dalla stessa ANAC.

La richiesta del Presidente, in altri termini, potrà essere avanzata solo quando la notizia di reato abbia assunto una “consistenza oggettiva”, ovvero “un suo «spessore» probatorio”. Tali elementi possono essere acquisiti dall’ANAC sia attraverso i poteri ispettivi e di vigilanza previsti dalla l.n. 190/2012 e dal codice dei contratti, ovvero provenire dagli accertamenti dell’autorità giudiziaria.

Quanto al *periculum in mora*, questo andrà valutato in relazione alla gravità del fatto accertato, che consente di scegliere tra le misure alternative previste dall’art. 32. La valutazione di gravità, come anticipato, concerne una pluralità di elementi difficilmente circoscrivibili e potrà derivare, dunque, sia dal complessivo comportamento tenuto dal soggetto autore del fatto illecito, sia del livello di coinvolgimento dell’impresa – considerata come soggetto giuridico autonomo – in meccanismi di sistematica illiceità nella gestione degli appalti.

Una volta che il Presidente dell’ANAC abbia deciso di formulare la sua richiesta, il Prefetto competente – ovvero quello nel cui territorio deve essere svolto l’appalto – ha un “*autonomo potere di accertamento dei fatti sottoposti al suo esame, non essendo vincolato né nel condividere le valutazioni sulla sussistenza del fumus boni iuris, né quelle sulle misure richieste*”.

d) Il procedimento per l’adozione delle misure straordinarie

Il procedimento di commissariamento di articola in due fasi:

La prima fase consiste nella proposta che il Presidente dell'Autorità - all'esito di una valutazione delle situazioni emerse - rivolge al Prefetto competente, indicando la misura ritenuta più adeguata ad adottare.

La seconda fase consiste nell'adozione della misura da parte del Prefetto.

Il potere di iniziativa del presidente dell'autorità è conformata ai principi generali che governano l'azione amministrativa, in quanto è assicurata la partecipazione al procedimento da parte degli interessati attraverso gli istituti della partecipazione previsti dalla legge sul procedimento. Tali garanzie in ogni caso dovranno conciliarsi con le particolari esigenze di celerità del procedimento, secondo quanto previsto dal medesimo articolo 7 l. n. 241/1990, potendo in casi eccezionali e motivati giustificarsi addirittura la missione della prescritta comunicazione di avvio del procedimento.

A seguito della proposta formulata dal Presidente dell'A.N.AC., il Prefetto del luogo in cui ha sede la stazione appaltante accerta i presupposti indicati per l'attivazione del procedimento e valuta a propria volta la particolare gravità dei fatti oggetto dell'indagine: si tratta, pertanto di un sindacato di secondo grado sulla legittimità dell'iniziativa assunta dal Presidente e che può concludersi anche con un rifiuto da parte del Prefetto a procedere alla misura richiesta.

Qualora, invece, il Prefetto confermi la valutazione già svolta dal Presidente dell'ANAC, egli potrà intervenire alternativamente ordinando all'impresa misure di rinnovazione degli organi sociali, al fine di prendere le distanze dai soggetti coinvolti nelle situazioni di illegalità, oppure provvedendo direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice, limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione.

Nel caso in cui il Prefetto abbia ordinato la rinnovazione degli organi sociali e l'impresa non vi abbia adempiuto nei termini stabiliti, oppure quando non sia possibile rimuovere la situazione di illegalità con la semplice rinnovazione degli organi sociali, il Presidente dell'ANAC può proporre al Prefetto di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice.

I due segmenti del procedimento non costituiscono fasi isolate, piuttosto l'articolo 32 prefigura una procedura a formazione progressiva: alla proposta motivata del Presidente, segue un'autonoma fase valutativa del Prefetto che può giovare di ulteriori approfondimenti, sia attraverso momenti di interlocuzione con la stessa autorità, sia mediante l'utilizzo di strumenti di indagine propri.

La stessa norma prevede che, laddove la situazione verificatasi possa essere superata attraverso un allontanamento del soggetto titolare o componente dell'organo sociale coinvolto nelle vicende, le autorità applicheranno la misura meno intrusiva di cui al comma 1 lettera a), ordinando la rinnovazione dell'organo sociale, mediante sostituzione del soggetto coinvolto¹³³.

Tale misura consente all'impresa la possibilità di risolvere il rapporto in virtù del quale essa aveva inserito nei propri centri decisionali il soggetto coinvolto.

Si deve ritenere, pertanto, che l'ordine non possa considerarsi adempiuto laddove il soggetto cui esso si riferisce conservi incarichi all'interno dell'impresa o posizioni, anche *de facto*, che gli consentono di continuare ad influire o determinarne l'andamento.

¹³³ Il termine per adempiere all'ordine è di 30 giorni, ma nei casi più gravi, il Prefetto può ordinare la sostituzione nel termine breve di 10 giorni.

Solo laddove l'impresa non abbia ottemperato all'ordine di rinnovazione dell'organo sociale, ovvero nel caso in cui la rinnovazione dell'organo non risulti sufficiente a garantire gli interessi di tutela della legalità e dell'immagine dell'amministrazione, si applica la misura più penetrante della straordinaria temporanea gestione dell'impresa, limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto.

Pertanto il Prefetto nominerà degli amministratori, che sostituiranno i titolari degli organi sociali dotati di omologhi poteri soltanto per ciò che concerne la gestione dell'attività di impresa connesse all'esecuzione dell'appalto da cui trae origine la misura.

Viceversa gli organi sociali ordinari resteranno in carica per lo svolgimento di tutti gli altri affari riguardanti lo stesso o altri eventuali settori dell'attività economica dell'azienda. Si realizza in tal modo una forma di gestione separata e temporanea di un segmento dell'impresa, finalizzata esclusivamente all'esecuzione dell'appalto pubblico.

Con l'atto che dispone la misura, pertanto, il prefetto provvede anche:

- alla nomina di nuovi amministratori fino ad un massimo di tre scelti tra soggetti in possesso dei requisiti di professionalità immoralità previsti dal D. M. 10 aprile 2013 numero 60 per coloro che vengono chiamati a ricoprire l'incarico di commissario giudiziale e commissario straordinario nelle procedure di amministrazione straordinaria di cui al decreto legislativo 270 del 1999;
- alla determinazione del compenso spettante ai predetti amministratori;
- La durata della straordinaria e temporanea gestione, che deve essere commisurata alle esigenze connesse alla realizzazione dell'appalto pubblico oggetto del contratto.

L'effetto principale della misura è la sospensione dell'esercizio dei poteri di disposizione e gestione da parte dei titolari dell'impresa, nonché la sospensione dei poteri dell'assemblea dei soci. Gli amministratori nominati dal Prefetto assumono la gestione dell'impresa in sostituzione degli organi sociali.

Una misura diversa viene infine prevista nell'ipotesi in cui le indagini concernenti le situazioni di cui al predetto comma 1 riguardino componenti diversi dagli organi sociali propriamente titolari dei poteri di amministrazione. Tale fattispecie presuppone un minor livello di compromissione dell'operatore economico e giustifica, in ragione del principio di proporzionalità, l'adozione di una misura più attenuata, consistente nella nomina di uno o più esperti con compiti di monitoraggio e sostegno dell'impresa, nominati dal prefetto tra coloro che sono in possesso di requisiti di professionalità e moralità di cui al già menzionato D.M. numero 60/2.013.

Agli esperti è devoluto il potere di fornire prescrizioni operative, elaborate secondo riconosciuti indicatori e modelli di trasparenza, finalizzati ad adeguare l'organizzazione il sistema di controllo interno e di amministrazione dell'impresa a parametri tali da fornire garanzie circa una rinnovata capacità di stare sul mercato nel rispetto dei parametri di legalità.

L'obiettivo perseguito da quest'ultima misura consiste nell'inserire all'interno della compagine di impresa un presidio in grado di stimolare l'avvio di un percorso finalizzato a riportare la linea gestionale su binari di legalità e trasparenza. L'effetto di questa misura dunque non è quello di incidere sulla composizione di poteri degli organi di amministrazione e direzione dell'operatore economico, quanto piuttosto quello di riorientare la *governance*. La stessa formulazione della norma di cui al comma 8 parla, infatti, di organi societari diversi da quelli sociali di cui al comma 1. Tale

circostanza induce a ritenere valido l'orientamento che questa tipologia di gestione possa essere attivata nei casi in cui il *vulnus* coinvolga figure societarie apicali, ma diverse dagli organi di amministrazione in senso proprio.

e) L'adozione delle misure straordinarie a seguito di informativa antimafia interdittiva.

Al Prefetto compete un autonomo potere di disporre il commissariamento, limitatamente ai casi in cui sia stata emessa un'informativa antimafia interdittiva e sussista *«l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità delle funzioni e servizi indifferibili per la tutela dei diritti fondamentali, per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici»* (art. 32, co. 10, d.l. n. 90/2014). Anche in tale ipotesi, sarà possibile proseguire nell'esecuzione del contratto e l'impresa sarà gestita dagli amministratori nominati dal Prefetto.

Si tratta, invero, di una disposizione non del tutto innovativa, in quanto riprende, ampliandone la portata, quanto già in precedenza previsto dall'art. 94, co. 3, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (cd. codice antimafia) ove si individua la possibilità, in presenza di informativa prefettizia antimafia, di garantire la prosecuzione nell'esecuzione dei contratti, nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione, ovvero nel caso in cui la fornitura di beni e servizi sia essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico. Ulteriore presupposto necessario per ricorrere a tale misura è che il soggetto fornitore non sia sostituibile in tempi rapidi, ad esempio, mediante scorrimento della graduatoria di aggiudicazione.

Atteso che, come già detto, le misure straordinarie di gestione hanno ad effetto una compressione della libertà di iniziativa economica, tali misure devono essere applicate secondo canoni rigorosi, tenendo conto del più volte richiamato principio di proporzionalità, anche nell'ipotesi riguardanti imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva.

È dunque utile operare una breve disamina per distinguere le ipotesi di applicazione del disposto di cui all'art. 32, da quelle previste dalla legislazione antimafia. Bisogna considerare, infatti, che il sistema di certificazione antimafia è preordinato a tutelare il bene giuridico della sicurezza pubblica, garantendo, in particolare, l'esigenza che imprese contigue o colluse al crimine organizzato non si ingeriscano nel circuito dell'economia legale degli appalti e delle concessioni di risorse pubbliche.

Pertanto, in presenza di un'informazione antimafia interdittiva, la regola generale cui le stazioni appaltanti devono attenersi è quella della revoca dell'aggiudicazione ovvero, se la stipula negoziale è già intervenuta, della risoluzione del contratto. Rispetto a tale regola la prosecuzione del contratto pubblico, sia nelle ipotesi di commissariamento, sia nell'ipotesi di prosecuzione ai sensi dell'art. 94, costituisce rimedio di carattere straordinario.

La lettura congiunta delle disposizioni di cui agli artt. 32 comma 10 del d.l. 90/2014 e 94 comma 3 del d.lgs. 165/2011 permette di delineare l'ordine di priorità da seguire nella scelta delle modalità con le quali deve avvenire la continuazione della prestazione negoziale.

In particolare, l'articolo 32 comma 10 prevede che le misure straordinarie di gestione sostegno e il monitoraggio dell'impresa trovino applicazione ancorché ricorrano i presupposti di cui all'articolo 94 comma 3.

Conseguentemente, quando emerge la necessità di salvaguardare i particolari interessi pubblici di cui si è detto, il prefetto dovrà necessariamente fare luogo all'applicazione delle predette misure straordinarie. E ciò anche se la stazione appaltante abbia espresso la necessità di continuare nel rapporto contrattuale, in quanto l'opera in corso di ultimazione ovvero l'impresa non sia sostituibile in tempi rapidi.

Risulta dunque evidente che l'articolo 94 assume oggi una valenza di strumento di carattere residuale e ciò appare del tutto logico ove si consideri che tale disposizione consente di proseguire nel rapporto contrattuale senza introdurre alcuna forma di controllo o presidio di legalità.

Sulla base di queste considerazioni risulta più agevole risolvere quelle situazioni in cui entrambi gli strumenti appaiono astrattamente applicabili.

Sì prenda ad esempio l'ipotesi dell'impresa affidataria di un appalto per la gestione di servizi pubblici essenziali costituzionalmente garantiti, quali il diritto alla salute. In linea teorica, questa ipotesi potrebbe rientrare sia nell'ambito di applicazione dell'articolo 94 comma 3, che fa riferimento alla necessità di proseguire il rapporto contrattuale con imprese interdette per garantire l'erogazione di servizi essenziali, sia l'articolo 32 comma 10, che prevede un'analogia possibilità quando vi sia la necessità di garantire lo svolgimento di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali.

In tali ipotesi va valorizzata proprio la previsione dell'articolo 32 che consente di fare luogo alle misure da esso contemplate anche quando ricorrono i presupposti per l'applicazione dell'articolo 94. Tale previsione costituisce una norma volta a dirimere i conflitti apparenti di norme, attribuendo un carattere predominante all'articolo 32.

Anche nell'ipotesi di applicazione delle misure straordinarie a seguito di interdizione antimafia va rispettato il principio di proporzionalità di cui si è parlato. Anche in questo campo, l'individuazione del provvedimento da applicare deve avvenire sulla base della rilevanza della situazione accertata dal prefetto con il provvedimento inibitorio.

In tal senso si possono identificare due ordini di situazioni.

Il primo caso riguarda l'ipotesi in cui i fatti a base del giudizio di contiguità mafiosa siano connotati da tratti di gravità. Si può ritenere che tale condizione sussista quando i tentativi di infiltrazione criminale siano riconducibili, ad esempio, a soggetti titolari di cariche ovvero degli assetti proprietari dell'impresa. In presenza del requisito della gravità, la scelta della misura deve essere operata sulla base dei criteri dettati dall'articolo 32 comma 1 lett. a e b.

In analogia con quanto previsto per le misure adottate dal Presidente, il Prefetto darà corso all'ordine di rinnovazione degli organi sociali solo nell'ipotesi in cui, alla luce degli elementi posti alla base dell'informazione antimafia interdittiva, si possa, secondo un giudizio prognostico, ritenere che i tentativi di infiltrazione mafiosa siano suscettibili di essere eliminati attraverso l'allontanamento dei singoli soggetti dalla titolarità degli organi sociali.

Negli altri casi invece il prefetto dovrà direttamente disporre la misura della straordinaria temporanea gestione, procedendo alla nomina degli amministratori destinati ad esercitare tutti i poteri degli organi di amministrazione direzione con riguardo all'esecuzione del contratto.

Di carattere residuale, invece, risulta essere la cosiddetta *tutorship*, cioè la nomina da parte del prefetto di esperti incaricati di fornire indicazioni di carattere organizzativo con compiti di sostegno e monitoraggio dell'impresa. Tale misura trova infatti applicazione solo

nell'ipotesi in cui i tentativi di infiltrazione siano riconducibili a soggetti della compagine di impresa che ricoprono ruoli secondari.

Per quanto concerne l'individuazione del prefetto competente, la legge di conversione n.114/2014 è intervenuta espressamente a colmare una lacuna del d.l. 90, disponendo che la competenza a disporre tali misure viene attribuita in via esclusiva al prefetto del luogo dove ha sede la stazione appaltante. Quest'ultimo, infatti, operando nell'ambito territoriale in cui è stato aggiudicato l'appalto, potrà disporre di maggiori elementi valutativi sulle condizioni di illecita che giustificano l'adozione della misura straordinaria e seguirne più agevolmente la gestione commissariale.

Inoltre il d.lgs. n.153 del 2014 ha precisato anche che il prefetto competente al rilascio dell'informazione antimafia è quello della provincia in cui l'impresa ha sede legale, ovvero, per le società ex art. 2508¹³⁴ del codice civile, della provincia in cui è stata stabilita la sede secondaria con rappresentanza stabile nel territorio dello Stato.

10.L'accantonamento delle somme

Grazie alle misure straordinarie di cui all'art. 32, in particolare al commissariamento, è possibile separare l'assetto gestionale, attribuito agli amministratori di nomina prefettizia, da quello proprietario.

A completare la disciplina di tale istituto, è prevista, inoltre, la sottrazione ai soggetti privati destinatari della misura dei diritti di natura patrimoniale derivanti dalla prosecuzione del contratto. L'eventuale utile derivante dal contratto di appalto, infatti, è accantonato in un apposito fondo e non può essere distribuito fino all'esito dei giudizi in sede penale,

¹³⁴ Si tratta delle Società estere con sede secondaria nel territorio dello Stato, che sono soggette alle disposizioni della legge italiana sulla pubblicità degli atti sociali.

proprio per impedire che l'esigenza di proseguire l'appalto possa tradursi in un vantaggio per l'autore dell'illecito in grado di conseguire il profitto della sua attività criminosa.

Nello specifico, la disposizione di cui all'art. 32 comma 7 sancisce che *“Nel periodo di applicazione della misura di straordinaria e temporanea gestione (...) l'utile d'impresa derivante dalla conclusione dei contratti d'appalto, determinato anche in via presuntiva dagli amministratori, è accantonato in apposito fondo e non può essere distribuito nè essere soggetto a pignoramento, sino all'esito dei giudizi in sede penale”*.

La misura è disposta, tra l'altro, a tutela dell'erario: l'accantonamento, infatti, non è solo finalizzato ad impedire che l'impresa ricavi degli utili da un affidamento illegittimo, ma è funzionale ad assicurare la copertura finanziaria di eventuali interventi (es. confische e/o risarcimenti) che potrebbero essere disposti a seguito dell'accertamento penale”.

In altri termini il profitto dell'impresa aggiudicataria “commissariata” viene accantonato in un apposito fondo in attesa degli accertamenti di responsabilità connessi alla illegittima/illecita aggiudicazione dell'appalto, ciò con un possibile alternativo esito: distribuzione dell'utile di impresa all'operatore economico aggiudicatario e “commissariato” nell'ipotesi di acclarata legittimità/liceità della procedura di gara o comunque delle condotte ad essa connesse; riversamento dell'utile di impresa alla stazione appaltante nell'ipotesi di accertata illegittimità/illiceità dell'affidamento ovvero in presenza di condotte illecite o penalmente rilevanti aventi una efficacia causale rispetto all'aggiudicazione/stipula del contratto pubblico.

Nel caso in cui si verifica tale ultima ipotesi, si procede alla tutela erariale mediante *restitutio in integrum*.

Inoltre, la disposizione ha dato tutela anche ad un'ulteriore figura di pregiudizio erariale, nota come “danno alla concorrenza”, ovvero danno patrimoniale conseguente ad una procedura di gara “elusa” o “fittizia”. Il danno deriva, in termini patrimoniali, dalla corresponsione all'aggiudicatario di una somma comprensiva dell'utile di impresa, somma che non sarebbe stata erogata qualora non si fosse proceduto all'aggiudicazione illegittima. Infatti, la giurisprudenza rileva che per le gare eluse o fittizie, l'aggiudicazione e il successivo contratto debbano essere considerati inesistente, a causa della violazione dei principi nazionali e comunitari in materia di concorrenza. Alle imprese illegittimamente aggiudicatarie, infatti, potrà essere riconosciuta solo la copertura dei costi sostenuti, ma non anche l'utile.

Questo è qualificato alla stregua di un esborso sine titolo in ragione dell'invalidità del contratto pubblico di affidamento. Il c.d. danno erariale alla concorrenza è sovente quantificato in giurisprudenza nella misura del 5% o del 10% dell'importo a base di gara a seconda che si tratti, rispettivamente, di un contratto di forniture/servizi o di lavori.

Invero, non è soltanto la pendenza di un procedimento penale a consentire l'avvio dell'iter sanzionatorio ex art. 32 comma 7, che può essere attivato anche sulla base di un procedimento di responsabilità teso all'accertamento di “condotte illecite”, non necessariamente di rilevanza penale, di cui l'A.NA.C. dovesse avere cognizione. Tale rilievo avvalorava la ricostruzione della misura come forma di tutela erariale, potendo essere applicata anche in seno ai procedimenti di responsabilità per danno erariale connessi a procedure di affidamento. Infatti, il legislatore ha inteso subordinare l'avvio del procedimento sanzionatorio, oltre che a reati comuni, anche a ipotesi di reato proprio che, per definizione, non possono che essere riferite ai soggetti “interni” alla stazione appaltante.

11. Profili applicativi:

Alla luce della disamina dell'istituto introdotto dall'art. 32 cit, appare utile fornire talune indicazioni circa la concreta applicazione delle misure ivi previste.

Ad una prima analisi, un dato appare evidente: le misure disposte sono per lo più connesse a procedimenti penali in corso e, sempre da quella sede, provengono tutti gli elementi probatori circa il *fumus boni iuris* e la gravità della violazione. A ben vedere, infatti, molte delle richieste di applicazione di misure straordinarie si motivano esclusivamente tramite il richiamo ad ordinanza cautelari disposte dai G.I.P.

Questo per quanto concerne le misure applicate a seguito di richiesta formulata dal Presidente dell'A.N.AC.

Un'altra categoria di misure che si incontra di frequente esaminando la casistica è quella relativa a misure applicate a seguito di informazione antimafia interdittiva.

Da quanto brevemente riportato, è possibile avanzare l'ipotesi che i sistemi di vigilanza di cui dispone l'Autorità, sebbene rappresentino un notevole passo in avanti nel sistema anticorrottivo italiano, sono di gran lunga meno efficaci e pervasivi dei sistemi di repressione dell'ordinamento penale.

Si direbbe, dunque, che taluni strumenti predisposti dal legislatore per promuovere la cultura della legalità *all'interno* delle amministrazioni, siano ancora poco efficaci. Si pensi, ad esempio, all'istituto del *whistleblowing*, previsto dalla legge 190 cit., che incoraggia i dipendenti a denunciare gli illeciti di cui vengono a conoscenza nell'ambito del rapporto di lavoro, garantendo ad essi la tutela della riservatezza e la protezione contro

eventuali forme di ritorsione che potrebbe verificarsi sempre in ambito lavorativo. Tale istituto, volto alla responsabilizzazione degli enti, dovrebbe rappresentare il primo strumento di prevenzione, poiché permette alle amministrazioni di “fare pulizia”¹³⁵ al proprio interno prima dell’intervento dell’autorità giudiziaria.

È evidente, pertanto, che il processo di sensibilizzazione pubblica al fenomeno della *maladministration* non ha ancora dato i frutti sperati, né in termini di responsabilizzazione degli enti, né, tantomeno, in termini di educazione civica alla legalità.

In conclusione, le misure straordinarie, specie il commissariamento, non sembrano atteggiarsi come strumenti di prevenzione, quanto piuttosto come strumenti cautelari, idonei a tutelare il pubblico interesse all’esecuzione dei contratti aggiudicati a seguito di procedimenti illegittimi, nelle more dell’accertamento penale degli illeciti.

Invero, le misure straordinarie non sembrano inquadrarsi negli strumenti di prevenzione della corruzione in senso stretto, al pari – giusto per fare qualche esempio – dell’accesso civico, della pianificazione e dei codici di comportamento. Le misure di cui all’art. 32 cit., piuttosto, sembrano essere funzionali alla prevenzione *degli effetti* della corruzione, sia salvaguardando i tempi di esecuzione delle commesse pubbliche, sia in termini di spesa pubblica, evitando che imprese non qualificati conseguano illeciti profitti a scapito degli interessi pubblici alla cui soddisfazione sono preordinati in contratti “incriminati”.

¹³⁵ Linee guida in materia di tutela del dipendente che segnala illeciti del 6 maggio 2015, in www.anticorruzione.it

a) Il commissariamento del Centro di Accoglienza C.A.R.A. di Mineo

La vicenda del commissariamento del centro di accoglienza per i richiedenti asilo aveva ad oggetto una procedura aperta, con aggiudicazione in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento triennale dei servizi e delle forniture per la gestione del centro, idoneo ad ospitare circa 3.000 migranti.

Alla procedura di gara partecipavano solo due concorrenti e si concludeva con l'aggiudicazione in capo ad una A.T.I. che aveva presentato un'offerta con ribasso all'1,00671%.

La seconda classificata, già in corso di procedura, chiedeva un parere precontenzioso all'A.N.AC. circa la legittimità della legge di gara, dello svolgimento della stessa e della conseguente aggiudicazione. L'Autorità interpellata si esprimeva nel senso di ritenere illegittimo il bando di gara per contrasto con i principi di concorrenza, proporzionalità, trasparenza, imparzialità ed economicità. Dall'analisi emergeva, infatti, che la *lex specialis* era evidentemente preordinata ad ostacolare una massiccia partecipazione alla procedura in esame, stabilendo dei criteri eccessivamente selettivi volti a favorire una determinata impresa. In altri termini, il bando prevedeva l'attribuzione di punteggi decisivi per dei requisiti specifici, in possesso della sola ATI aggiudicataria.

La stazione appaltante, cui veniva comunicato il parere, avviva un procedimento in autotutela finalizzato all'annullamento dell'aggiudicazione e alla conseguente ripetizione delle prove. Tale procedimento, tuttavia, non veniva portato a conclusione.

Anche alla luce del contegno tenuto dalla stazione appaltante, emergevano evidenti anomalie nell'aggiudicazione e rilevanti elementi

idonei a fornire un *fumus* in ordine a modalità illegittime di svolgimento della gara.

Ciò nonostante, il procedimento di commissariamento non prendeva le mosse da tali – pur evidenti - anomalie, ma si fondava su elementi probatori ricavati integralmente da un procedimento penale in corso, che vedeva indiziati taluni soggetti coinvolti nella procedura di gara.

Nello specifico, il rapporto di natura corruttiva vedeva protagonisti un componente della commissione di gara (appartenente al *tavolo di coordinamento Nazionale sull'accoglienza per i richiedenti e titolari di protezione internazionale*) ed esponenti del gruppo imprenditoriali aggiudicatario.

L'ordinanza di misure cautelari disposta dal GIP evidenziava un'attività illecita posta in essere da un sodalizio criminale organizzato secondo il vincolo associativo.

In particolare, gli elementi probatori erano stati ricavati, nella sede penale, mediante intercettazioni telefoniche e, soprattutto, ambientali, mediante le quali erano venuti alla luce tutti i dettagli dell'accordo criminoso¹³⁶.

Nella fattispecie in esame, la turbativa d'asta veniva realizzata, da un lato, a monte della gara, mediante la predisposizione di un bando “cucito” in relazione ai requisiti¹³⁷ propri della futura aggiudicataria (tali da escludere qualsiasi possibile reale competizione) e, dall'altro, durante lo svolgimento delle prove, attraverso la visione di documenti di gara non ancora pubblici.

¹³⁶ Al commissario corrotto sarebbe spettata come corrispettivo una retribuzione fissa mensile di 20.000 euro (pag. 6 del provvedimento di richiesta di misure straordinarie, prot. 0078721 del 19 giugno 2015, in www.anticorruzione.it)

¹³⁷ Nello specifico, il bando prevedeva un punteggio incrementale decisivo da attribuire per il possesso del requisito di un centro di cottura alternativo nel raggio di 30 Km.

Le intercettazioni ambientali avevano documentato altresì l'effettiva dazione di tangenti in favore del commissario di gara coinvolto.

Il provvedimento cautelare, in definitiva, configurava diverse ipotesi di reato, dalla corruzione propria alla turbativa d'asta, che si traducevano in una palese illegittimità del bando di gara sotto il profilo tipicamente amministrativo.

La procedura, in definitiva, era stata sapientemente architettata al fine di condizionare la modalità di scelta del contraente. In altre parole, lo strumento principale che ha consentito alle parti di porre in essere il disegno criminoso è da rintracciarsi nella discrezionalità dell'amministrazione nel predisporre la *lex specialis di gara*.

L'indagine penale, inoltre, aveva portato alla luce un capillare sistema criminoso che aveva agito in un arco temporale di 3 anni.

In definitiva, nonostante dal procedimento di gara fossero emerse rilevanti anomalie in ordine ad un utilizzo strumentale e deviato della discrezionalità di cui è titolare l'amministrazione, e nonostante l'Autorità fosse stata preliminarmente interpellata e resa edotta delle suddette anomalie, il commissariamento veniva disposto solo alla luce di quanto emerso in sede penale.

b) Applicazione della misura del sostegno e monitoraggio: il caso della Igeco costruzioni s.p.a. di Roma¹³⁸

¹³⁸ Prot. 0074303 del 11 giugno 2015

In tale vicenda, il Presidente proponeva al Prefetto competente l'applicazione della misura del sostegno e monitoraggio.

Tale misura, come già esposto, può essere disposta in relazione a casi che vengono discrezionalmente valutati dall'organo procedente come di lieve entità, ovvero laddove siano coinvolti nell'illecito soggetti diversi dagli amministratori o dai legali rappresentanti dell'impresa, ma comunque idonei a condizionarne l'operato, per la posizione o il ruolo ricoperti all'interno della compagine aziendale.

Ancora, come è accaduto nella vicenda che si riporta, il monitoraggio può essere richiesto, in applicazione del principio di proporzionalità, quando le anomalie e le fattispecie corruttive non riguardino in via diretta il procedimento di gara e l'aggiudicazione, ma si inseriscano in un momento successivo, limitatamente alla fase dell'esecuzione del contratto.

La vicenda, nello specifico, aveva ad oggetto una gara di appalto per l'affidamento del servizio di igiene urbana, con procedura aperta e criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'aggiudicazione in capo alla Igieco, che a termine della procedura di gara risultava seconda classificata, era avvenuta a seguito di ricorso al T.A.R., che aveva annullato la prima aggiudicazione, ritenendola illegittima.

Tale circostanza impediva di configurare ipotesi di illeciti corruttivi preordinati all'aggiudicazione della commessa pubblica.

Tuttavia, talune anomalie sintomatiche di condotte illecite e di eventi criminali emergevano nella fase di esecuzione del contratto.

Anche in questa circostanza, gli elementi probatori a sostegno della richiesta erano ricavati integralmente da un'ordinanza di applicazione di misure cautelari disposta dal GIP a seguito di indagini operate attraverso intercettazioni telefoniche e ambientali.

Nello specifico, l'impianto corruttivo emerso riguardava la quasi totalità dei componenti della giunta comunale e il Sindaco ed era preordinato al totale asservimento dell'apparato politico-amministrativo del Comune per l'ottenimento di vantaggi economici illeciti, anche sotto forma di tangenti.

L'esistenza e l'operatività di un'associazione per delinquere finalizzata a commettere più delitti di corruzione, anche con la connivenza di figure delinquenziali esterne e già note alle forze dell'ordine, aveva portato allo scioglimento del consiglio comunale per condizionamenti da parte della criminalità organizzata e al contestuale commissariamento dell'ente per la durata di 18 mesi e comunque fino all'insediamento degli organi ordinari a norma di legge.

In questa cornice criminosa, in cui un'intera amministrazione piegava sistematicamente la propria funzione pubblica e istituzionale per finalità speculative indebite e privatistiche, si era inserita l'impresa affidataria del servizio di igiene urbana.

Dalle intercettazioni telefoniche era emerso che i referenti dell'impresa avevano corrisposto a cadenze determinante di circa 3/4 mesi tangenti al Sindaco e ai suoi sodali, ottenendo come corrispettivo una sorta di immunità e protezione, preordinata ad avvantaggiare l'impresa nell'espletamento del servizio di igiene urbana, risolvendo ogni problematica e tracciando un percorso facilitato e privo di ostacoli nella gestione del contratto di appalto. L'impresa inoltre aveva visto un significativo aumento illecito dell'importo contrattuale, nonché la predisposizione di atti amministrativi chiaramente illegittimi e/o l'omissione di atti doverosi da parte dell'amministrazione comunale, tesi a consentire alla stessa impresa l'utilizzazione di terreni urbanisticamente incompatibili rispetto alle finalità di raccolta rifiuti.

L'indagine penale che aveva permesso di rilevare il coinvolgimento dell'impresa in esame, prendeva infatti le mosse dai rilievi sull'utilizzo improprio di terreni e il conseguente pregiudizio ambientale.

Inoltre, la procedura di aumento del corrispettivo contrattuale era stata pianificata come stratagemma per consentire un maggior guadagno all'impresa, che si rifletteva nella possibilità per quest'ultima di versare agevolmente una tangente di importo superiore, nonché di assumere a tempo pieno due persone vicine e gradite agli amministratori del Comune.

Tuttavia le variazioni contrattuali erano state inibite dall'amministrazione commissariale del Comune, che aveva qualificato tali modifiche come varianti in corso d'opera. Queste ultime si manifestavano palesemente illegittime avendo, tra l'altro, comportato delle ingiustificate maggiorazioni di spesa in capo al Comune, in palese violazione del principio di immodificabilità dell'oggetto del contratto.

In questa ipotesi, dunque, a differenza della precedente, la procedura di scelta del contraente era perfettamente legittima, tuttavia il fenomeno corruttivo si era manifestato ugualmente, in occasione dell'esecuzione del contratto.

Il fattore di rischio che aveva permesso la stipulazione dell'accordo corruttivo era, infatti, da individuarsi nell'istituto della variazione in corso d'opera che, come noto, può essere applicato legittimamente in ipotesi specifiche e tassativamente contemplate dal codice.

Tale istituto, nel caso in esame, era stato utilizzato in modo strumentale ed illegittimo e si era tradotto in un esborso ingiustificato di denaro pubblico, cui non corrispondeva alcun miglioramento del servizio reso alla collettività.

Nonostante tali evidenti elementi, tuttavia, l'Autorità non è riuscita ad intervenire tempestivamente e preventivamente, avendo viceversa applicato la misura solo a valle delle indagini penali.

Ancora una volta, dunque, il *fumus boni iuris* per l'applicazione delle misure straordinarie di cui all'art. 32 cit. prendeva le mosse da un'ordinanza cautelare predisposta dal GIP.

La misura scelta dal Presidente, in questo caso, è stata quella del sostegno e monitoraggio. Per quanto atteneva alla valutazione della gravità dei fatti, infatti, emergeva la necessità di porre in essere misure preordinate a salvaguardare gli interessi pubblici coinvolti ed a garantire che l'appalto venisse eseguito correttamente e al riparo da ulteriori condizionamenti, sempre compromettere la continuità dell'erogazione del servizio di igiene urbana.

Nella graduazione della gravità dei fatti tuttavia doveva tenersi conto della totale estromissione dalla *governance* societaria di uno dei soggetti coinvolti nelle indagini. Un ulteriore rilievo doveva inoltre essere attribuito alla circostanza che gli episodi corruttivi non avevano coinvolto il momento genetico della gara e dell'aggiudicazione dell'appalto, ma avevano compromesso esclusivamente la fase esecutiva successiva alla stipula.

In tale contesto l'assenza di condotte illecite e fraudolente e preordinati all'indebita aggiudicazione dell'appalto attraverso turbativa d'asta costituiva un elemento di indubbia significativa pregnanza ai fini della valutazione della gravità dei fatti.

L'autorità infatti considerava che tali argomentazioni fossero idonee ad escludere la sussistenza dell'elemento dell'eccezionale gravità dei fatti che rappresenta il presupposto indefettibile per l'applicazione della misura più incisiva della straordinaria temporanea gestione. Viceversa, la misura

del sostegno del monitoraggio, avendo un ambito di efficacia che trascende il singolo appalto che ha dato origine al procedimento di adozione della misura, consente una remissione sotto il profilo organizzativo e gestionale della società nel suo complesso, anche a garanzia della legalità di altri contratti eventualmente aggiudicati.

c) Applicazione delle misure straordinarie a seguito di provvedimento interdittivo antimafia: il caso della cooperativa Capodarco e il sistema Mafia Capitale

L'applicazione delle misure di temporanea straordinaria gestione nel caso di società raggiunte da informazione interdittiva antimafia è preordinata al perseguimento di ben individuati interessi pubblici, che non si identificano nella mera ultimazione della prestazione dedotta in contratto, ma coincidono con quelli tassativamente previsti dalla normativa contenuta nel codice antimafia.

L'informazione antimafia è stata introdotta dal d.lgs. n. 165/2011 e consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67, derivanti dall'adozione di misure di prevenzione, o di sentenze di condanna, anche non definitive ma confermate in grado di appello, per talune tipologie di reati particolarmente gravi, connessi all'attività della criminalità organizzata.

Inoltre, l'informazione antimafia contiene l'attestazione circa la sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o delle imprese interessate.

Nello specifico, la sussistenza di tale ultima situazione può desumersi da un'ampia serie di circostanze¹³⁹, specificamente individuate dalla normativa di cui al Codice antimafia.

Si tratta, a ben vedere, di una misura a carattere preventivo che può anche prescindere dall'accertamento di singole responsabilità penali nei confronti di coloro che hanno rapporti con la pubblica amministrazione, ma che esclude la possibilità per le imprese destinatarie di partecipare alle gare pubbliche.

L'emissione di un'informazione antimafia interdittiva comporta importanti ripercussioni sui contratti già in essere e determina, di norma, la risoluzione del contratto.

L'art. 32 comma 10 si configura, in ogni caso, come eccezione a tale principio, assegnando al Prefetto il potere di disporre la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa limitatamente alla completa esecuzione del contratto. Tale misura è finalizzata a tutelare l'interesse alla prosecuzione del rapporto contrattuale già instaurato, senza gravare l'amministrazione dell'onere di espletare una nuova gara ovvero di individuare un nuovo aggiudicatario in virtù dello scorrimento della graduatoria. Tale ultima ipotesi, benché più rispondente all'esigenza di economicità dell'azione amministrativa, non è scevra di complicazioni, soprattutto qualora il contratto sia in esecuzione da tempo o sia in fase di ultimazione o scadenza. Inoltre, la possibilità di interpellare in ordine di

¹³⁹ Ad esempio, da provvedimenti che dispongono l'adozione di misure cautelari in materia di turbative d'asta, truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche, omessa denuncia dei reati di concussione ed estorsione e sostituzioni negli organi sociali o nelle rappresentanze legali effettuate dai conviventi di soggetti destinatari di misure giudiziarie per i reati richiamati.

graduatoria gli altri partecipanti alla gara è testualmente limitata alle ipotesi di appalti di lavori¹⁴⁰.

Tale ipotesi è particolarmente evidente in relazione ai contratti di fornitura o prestazione di servizi essenziali per l'utenza, ove la pubblica amministrazione non può interrompere il contratto senza arrecare gravi danni o inefficienze nel servizio.

Nel caso di specie, l'informazione antimafia interdittiva riguardava una cooperativa sociale del Comune di Roma che risultava affidataria, in regime di proroga, del servizio di gestione integrale del CUP (Centro Unico di Prenotazione) per le occorrenze dell'ASL di Roma C.

Il provvedimento interdittivo antimafia scaturiva, anche in questo caso, da indagini penali, che avevano fatto emergere gravi e diffuse infiltrazioni mafiose nel tessuto imprenditoriale della cooperativa, strategicamente pianificate e messe in atto con determinazione criminale da un sodalizio organizzato secondo il vincolo associativo e per i fini di cui all'articolo 416 bis c.p.

A seguito di tali indagini e prima ancora dell'applicazione delle misure straordinaria, alle figure di vertice della società erano state applicate misure cautelari in quanto, a seguito di intercettazioni telefoniche e ambientali, era emersa una forte correlazione tra gli episodi relativi all'aggiudicazione del CUP per l'Asl romana con l'organizzazione nota come "Mafia capitale".

La ricostruzione dell'operatività di tale organizzazione criminosa, dei rapporti economici, finanziari e imprenditoriali che ne interessavano l'attività aveva rivelato l'esistenza di una fitta trama di relazioni, operazioni e flussi finanziari illeciti.

¹⁴⁰ Art. 140 del Codice dei Contratti

In particolare, le indagini penali avevano evidenziato l'attività posta in essere da una burocrazia illecita, interna, dunque, all'amministrazione della Capitale, che si avvaleva di una contabilità altrettanto illecita.

Tale infiltrazione gestiva, per il tramite di una fitta rete di cooperative e società, le attività economiche in settori rilevanti e primaria necessità per la cittadinanza, tra cui il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti, la manutenzione del verde pubblico e, nel caso in esame, il servizio sanitario. Alla stessa organizzazione criminale faceva capo il gruppo imprenditoriale aggiudicatario del servizio di accoglienza dei profughi e rifugiati di cui si è parlato *supra*.

Le indagini sul Mafia Capitale avevano consentito di acquisire gravi indizi di colpevolezza in ordine all'esistenza di una organizzazione criminale di stampo mafioso, operante non solo nel territorio della città di Roma, ma anche nei settori di interesse strategico a rilevanza nazionale, che si avvaleva della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne derivavano per commettere delitti e per acquisire in modo diretto indiretto la gestione e il controllo di attività economiche, di appalti e di servizi pubblici.

Il panorama economico ed istituzionale emerso era caratterizzato da conflitti di interesse e connivenze istituzionali e realizzava aggiudicazioni illegittime per lo più attraverso lo strumento illecito dei cartelli di imprese.

Tale fenomeno, oltre ad impedire a monte l'accesso di operatori economici, mira a falsare la concorrenza mediante l'accordo illecito tra più imprese e la presentazione di offerte di gara gonfiate, allo scopo di favorire l'impresa aggiudicataria.

L'ordinanza cautelare disposta dalla procura ricostruiva sulla base degli elementi acquisiti nella notevole mole di intercettazioni telefoniche ed ambientali e seguite nel corso delle indagini l'attività illecita posta in essere

da un sodalizio criminale organizzato secondo il vincolo associativo e finalizzato ad intervenire massivamente nel settore degli appalti pubblici mediante una multiforme penetrazione nella pubblica amministrazione locale agevolata da una diffusa attività costruttiva.

Nel caso in esame, le indagini hanno evidenziato che all'organizzazione criminosa era riconducibile anche l'aggiudicazione del servizio CUP in capo alla cooperativa Cadodarco.

Tale servizio consiste in un sistema finalizzato a garantire il libero accesso dei cittadini alle prestazioni sanitarie e costituisce, pertanto, un servizio pubblico indifferibile per la tutela del diritto fondamentale alla salute, la cui interruzione è idonea a recare un grave pregiudizio all'utenza.

Inoltre, la necessità di applicare le misure straordinarie di gestione derivava, oltre che dalla necessità di evitare interruzioni del servizio, dalle pesanti conseguenze in termini occupazionali, stante il numero di lavoratori in servizio presso il CUP.

Si configuravano, pertanto, in questa vicenda, due importanti presupposti per l'applicazione delle misure, testualmente contemplati dall'art. 32 cit.: tutela della continuità nell'erogazione e servizio pubblico e salvaguardia dei livelli occupazionali.

Conclusioni

Appare possibile, a tal punto, delineare delle brevi note conclusive sulla riflessione sin qui esposta.

Come si è detto, nella materia degli appalti si riflette la credibilità, *interna* ed *esterna*, del nostro Paese. Interna, in quanto la fiducia e l'affidabilità riposta nelle istituzioni è il primo parametro per valutare il corretto funzionamento della democrazia; esterna, perché solo attraverso gli investimenti internazionali è possibile riavviare la macchina economica e produttiva dell'Italia.

Le richieste avanzate dal mercato comunitario, in questo senso, sono piuttosto chiare: assicurare a trasparenza del gioco concorrenziale, portare a compimento la realizzazione di opere pubbliche efficienti, riducendo gli sprechi nella realizzazione e nella gestione, assicurare una tutela effettiva in termini preventivi e sanzionatori contro il dilagante rischio di fenomeni corruttivi.

Dall'analisi svolta si può ricavare una prima considerazione: nessuna fase della procedura di contrattazione pubblica, nessun meccanismo di aggiudicazione, nessun passaggio procedurale può dirsi completamente al riparo dal rischio di interferenze illecite e/o criminali.

Il settore delle gare ad evidenza pubblica si pone a cavallo tra le regole della funzione amministrativa e quelle di mercato. Le strategie di contrasto del malaffare e della *maladministration* devono, pertanto, contribuire ad assicurare la concorrenza effettiva in un contesto quanto più possibile trasparente, favorendo il controllo diffuso da parte degli stessi operatori di mercato ed un sistema di raccordo facile ed efficace con gli organismi di tutela della legalità.

In tal senso è possibile valutare in termini positivi il lavoro del legislatore, che si è mosso proprio in questa direzione nell'intento di creare una prima barriera contro i fenomeni corruttivi.

In merito ai fattori di rischio ancora presenti nel settore degli appalti, inoltre, l'entrata in vigore del nuovo Codice rappresenta una preziosa opportunità di svolta sulle questioni ancora aperte. Il codice, infatti, riformando e semplificando l'intera materia, si occupa di ridisegnare la fisionomia dei singoli istituti, proprio in chiave di prevenzione della corruzione.

Tuttavia, nel prospettare tale implementazione delle strategie di contrasto alla pervasività della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici, a miglior tutela della libertà di iniziativa economica e della concorrenza tra le imprese, in conformità all'art. 41 Cost. e a fondamentali principi dell'ordinamento comunitario, è necessario porre l'accento sulla considerazione che l'azione di contrasto all'illegalità ed alla penetrazione mafiosa non si realizza esclusivamente tramite la revisione delle disposizioni vigenti o la definizione di nuove norme, ma anche mediante una promozione della legalità tramite prassi trasparenti e responsabili, all'interno delle stesse amministrazioni, responsabili di tutto il procedimento che culmina con la stipula del contratto. La prevenzione basata sulla promozione di regole etiche e di comportamento rappresenta, tra l'altro, un ottimo metodo in grado di superare i limiti della legislazione vigente legati al *gap* che si crea tra la normativa di contrasto e le multiformi e variabili azioni di aggressione delle criminalità di tipo mafioso derivanti dalle capacità strategiche di adattamento e risposta di quest'ultima.

Le azioni per pervenire a tale risultato dovrebbero, in definitiva, muoversi su due versanti: da un lato la promozione di una cultura e prassi

della “trasparenza dal basso”, indirizzata alle amministrazioni locali e agli operatori; dall’altro, la creazione di condizioni coerenti di “trasparenza dall’alto”, mediante l’impegno di organismi nazionali volto a semplificare, coordinare e mirare i sistemi informativi attinenti al ciclo dei contratti pubblici.

Queste considerazioni sono state sicuramente alla base della riforma del 2012, che ha creato un sistema di controlli incrociati ed ha permesso anche al singolo dipendente pubblico di lavorare nell’ottica della prevenzione dell’illegalità.

Per quanto riguarda la nuova Autorità Anticorruzione, la legge che ne ha regolamentato i poteri rappresenta un ulteriore segno di svolta deciso, che evidenzia la volontà del legislatore di intervenire in modo incisivo, attraverso l’attribuzione di poteri effettivi.

A tali intenzioni di fondo, si accompagna, tuttavia, una perdurante insufficienza di mezzi in termini di vigilanza, derivante dall’esigenza di ridurre le spese di gestione dell’Autorità stessa. Insomma, il legislatore ha dato all’ANAC le competenze, l’indipendenza e i poteri necessari al suo funzionamento, ma la carenza di mezzi rischia di vanificare questo lavoro.

Tale dato si evince dall’analisi delle vicende in cui l’Autorità è intervenuta, che evidenziano sempre più spesso un’attività che prende le mosse da fatti emersi a seguito di indagini penali.

In altri termini, i poteri più incisivi conferiti al Presidente dell’ANAC diventano meramente strumentali e accessori rispetto alle misure repressive, piuttosto che inserirsi tra gli strumenti di prevenzione della corruzione.

In tal senso, un elemento di riforma da accogliere positivamente è sicuramente la riduzione delle stazioni appaltanti e la loro

razionalizzazione: così facendo, infatti, si potrebbe quantomeno agevolare l'azione di vigilanza dell'Autorità.

È possibile, inoltre, avanzare qualche considerazione sui settori pubblici più permeabili al fenomeno corruttivo. Tra questi primeggiano senza dubbio il servizio sanitario, i servizi di igiene urbana e tutto quanto attiene alla realizzazione e gestione di opere di rilevanza strategica. Su quest'ultimo aspetto si accoglie positivamente la scelta del legislatore di porre fine al sistema di deroghe della Legge Obiettivo e di regolamentare in maniera più attenta l'istituto del contraente generale.

Bibliografia

Amato, *Concussione: resta solo la condotta di “costrizione”*, in *Legge anticorruzione/2: l'analisi delle norme penali*, Guida al Diritto, 48, 2012

Francesco, Jorge Mario Bergoglio, *Guarire dalla corruzione*, 2013.

CANTONE R., *Piano Di Riordino* (ai sensi dell'art. 19, comma 3 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114), 2014, in www.anticorruzione.it.

CANTONE R., MERLONI F., *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015.

Casartelli G., *Le misure anticorruzione: legge 6 novembre 2012, n. 190*, Torino, 2013

CASSESE S., Appalti e tangenti, in *La Repubblica*, 2 settembre 1992, p. 8.

CELONE C., *La funzione di vigilanza e regolazione dell'autorità sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2012

CLARICH M., La legge Merloni quater tra instabilità e flessibilità, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1401 e ss.

Clarich M., *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Giappichelli Ed., 2010.

CLARICH M.-FIORENTINO L., Appalti e concessioni: regole e prassi per il mercato, in CIPOLLETTA I.-MICOSI S.-NARDOZZI G., *Appalti pubblici e concorrenza*, progetto a cura del Centro studi di Confindustria, 2006.

CUOCOLO L., *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, in *Quad. reg.*, 2007

DAVID D., *Il dlgs 33/2013 in tema di trasparenza: ricognizione dei nuovi oneri per le amministrazioni pubbliche interessate*, in *Diritto Amministrativo*, 2013.

DELLA PORTA D.-VANNUCCI A., *Mani impune. Vecchia e nuova corruzione in Italia*, Roma-Bari, 2007, p. 90.

DELLA PORTA D.-VANNUCCI A., *Corruzione politica e amministrazione pubblica: risorse, meccanismi, attori*, Bologna, 1994.

Di Mascio F., *Una relazione della Commissione europea sulle politiche anticorruzione*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 2014, fasc. 2, p. 548

Di Mascio F., *Il primo anno di attuazione delle politiche di prevenzione della corruzione*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 2014, fasc. 1, p. 273

Flick G. M. *dalla repressione alla prevenzione o viceversa? Dalle parole ai fatti per non convivere con la corruzione*, in *Cassazione Penale*, fasc. 9, 2014, p. 2754

FLICK G.M., *L'associazione a delinquere di tipo mafioso: interrogativi e riflessioni sui problemi proposti dall'art 416 bis c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 849 e ss.

FRATINI M., *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, 2011

JAZZETTI A., BOVE A., *la legge anticorruzione* vol. 1 – 2, 2013

GIAMPAOLINO L., *Valori etici e strumentazioni giuridiche per la lotta alla corruzione*, in *Giustizia Amministrativa*, 14 maggio 2014

GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione: il percorso intrapreso con la l. 6 novembre 2012, n. 190, e le politiche ancora necessarie*, in www.neldiritto.it, nonché in www.giustizia-amministrativa.it.

GIAMPAOLINO L., *Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in G. P. CIRILLO–R. CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*.

Mattarella B. G., Pelissero M., *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013

MOSTACCI F., *Il Regolamento Anac per le sanzioni su corruzione e trasparenza*, in Il Foglietto della ricerca, 2014

Manganaro F., *La corruzione in Italia*, in Foro Amministrativo, 2014, fasc. 6, p. 1861

Manganaro, *Corruzione e criminalità organizzata*, in *L'area grigia della ndrangheta*, a cura di C. La Camera, Reggio Calabria, 2012.

MONTEDURO F., *La corruzione: definizione, estensione, cause, effetti e politiche di prevenzione*, Università di Roma, Tor Vergata, 2012

MANGARANO F., *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, Università di Reggio Calabria, 2011

Pajano A., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc. 5, 2015, p. 1127

Palazzo F., *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, in Cassazione Penale, fasc. 10, 2015, p. 3389B

Parisi N., Chimenti M.L., *Il ruolo dell'ANAC nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, in Diritto del Commercio Internazionale, fasc. 2, p. 419

Putilanò D., *Legge anticorruzione*, Milano, 2012

SANDULLI M. A., *Natura ed effetti dei pareri dell'Avcp*, in www.federalismi.it, 18 dicembre 2013.

SANDULLI M. A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R. (diretto da),
Trattato sui contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2008

Sarcone V. *Prevenzione della corruzione e trasparenza nelle amministrazioni pubbliche e negli altri soggetti pubblici e privati individuati dalla disciplina vigente*, 2015.